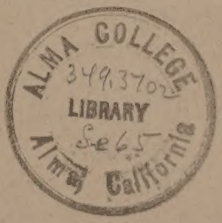
FILIPPO SERAFINI
PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA
SENATORE DEL REGNO.

ISTITUZIONI
DI
DIRITTO ROMANO
COMPARATO COL DIRITTO CIVILE PATRIO.

VOLUME I.
Introduzioni — Teorie Generali — Diritti reali.

DECIMA EDIZIONE.



23404

ATHENÆUM
ROMA — MCMXX.

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

BIBL. TH.
P. R.

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

Ecco la seconda edizione di un' operetta pubblicata la prima volta nel 1858 e, come questa, a servigio degli studenti. Queste poche parole basterebbero a presentarla al pubblico, se si trattasse realmente di una ristampa: ma, invece, pur rimanendo identico il titolo e l'argomento, la diversità della trattazione e della materia è tanta, che sento dover accennare all'intendimento del lavoro e allo scopo che mi sono proposto nell' accingermi a questa nuova pubblicazione.

« Pochi principii ma chiari ed evidenti », *ecco il motto che ho sempre avuto innanzi agli occhi ed a cui volentieri ho spesso sacrificato la vanità del comparire erudito. I giovani, ai quali principalmente consacro le mie cure, hanno bisogno di afferrare saldamente i principii sicuri ed esatti e sopratutto di non essere fin dalle prime spaventati dalla materia; imperocchè molti, sebbene non sprovvisti d' ingegno, messi d' un tratto nel gran pelago della giurisprudenza, se ne ritraggono tosto scoraggiati, parendo loro di non poter mai giungere a sufficientemente scandagliarlo.*

Le Istituzioni, *dai tempi di Giustiniano a noi, sono state sempre destinate a scongiurare siffatto pericolo; epperò esse debbono, a parer mio, contenere soltanto gli elementi indispensabili a formare quel criterio giuridico che si svolge poi e si applica nello studio più profondo delle fonti e dei Codici; ma per* elementi *s' hanno ad intendere fondamenta, nè più nè meno. Di qui l' amore, che spero non parrà mai soverchio, alla brevità; la quale ho cercato conseguire e nella forma e nella sostanza. Quanto alla prima m'è parso che, come a voce si conviene essere diffusi per*

meglio imprimere nella mente degli uditori i principii che si vengono esponendo, così d'altrettanto si debba essere parchi e succinti nello scrivere quando s'hanno a sottoporre i principii medesimi alla riflessione di chi legge; sì perchè è bene che ciascuno colga il vero rifacendo quasi la stessa strada battuta dallo scrittore, sì perchè la brevità della frase conferisce assai all'esattezza tanto necessaria in cosiffatte discipline. Quanto alla sostanza molte cose ho tralasciato che avrebbero distratto di soverchio l'attenzione dello studioso, molte questioni ho accennato appena, alcune ho trattato alquanto distesamente perchè servano di esempio della applicazione dei principii.

Oltracciò ho riposto molta cura nell'ordine: nel quale ho seguito un sistema che oramai ha fatto fortuna dove lo studio del diritto è più in fiore e che tende a disporre la materia di guisa, che non solo si sviluppi in modo conforme alla essenza degli istituti giuridici ed alla connessione che hanno fra di loro, ma che presenti eziandio come un quadro in cui la mente abbracci facilmente tutto l'insieme e distingua ad un tempo le parti da cui risulta.

Così tutti i miei sforzi furono consacrati a questo doppio lavoro di eliminazione e di assetto, a cui m'hanno persuaso la lunga esperienza dei giovani e la conoscenza del male che si fa pretendendo d'insegnare loro troppo ed alla rinfusa.

Da ultimo alle disposizioni del diritto romano ho aggiunto assai in succinto quelle del nostro Codice, perchè i giovani non abbiano a dimenticare che essi debbono studiare il passato come guida del presente e veggano dal confronto quanto ancora si tolga da quel tesoro di ragione riposto nel Diritto di Roma.

Di tal guisa sa il lettore qual libro abbia fra mano; lo giudichi liberamente, ma non ponga mai in disparte i motivi che m'hanno indotto ad offrirglielo, affinchè non gli avvenga di trovare che troppo manchi alle sue aspettative. Se poi le mie forze non furono pari all'arduità dello scopo propostomi, invoco a mio favore il motto del Poeta:

Vagliami il lungo studio e il grande amore.

San Colombano al Lambro, 15 settembre 1872.

FILIPPO SERAFINI.

PREFAZIONE ALLA SESTA EDIZIONE

Questa sesta edizione non è una semplice ristampa: notevoli mutamenti ho introdotto non tanto nel piano generale dell'opera, che rimane immutato nelle sue linee fondamentali, quanto nel suo contenuto particolare.

Ho ampliato un poco la parte introduttiva aggiungendo alcuni nuovi paragrafi, quali quelli sulla interpretazione e sulle interpolazioni e due nuovi capitoli, uno sulla storia del diritto romano, l'altro sulle opere sussidiarie alle quali può ricorrere lo studioso che voglia meglio approfondirsi. Di un'altra cosa si accorgerà il lettore ed è questa: la scarsezza di citazioni bibliografiche tedesche che, a dir la verità, abbondano nella precedente edizione. Ho invece preferito citare tutti i lavori italiani in omaggio al notevole e serio progresso che la scienza romanistica italiana ha fatto.

Nelle citazioni poi dei frammenti del Corpus Iuris Civilis, *ho abbondato: alcuni, i più importanti, riportandoli per intero, altri, e sono i più, semplicemente accennandoli, premettendo alla indicazione di ciascuno di essi il nome del giureconsulto dalla cui opera furono tratti.*

Molte note ho soppresso, altre ridotte a più piccole proporzioni: mi sono poi servito dell'ultima giurisprudenza sulle più dibattute questioni del diritto civile patrio, col quale ho ampliato i raffronti.

Voglio sperare che la presente edizione abbia la medesima accoglienza delle precedenti.

Pisa, 20 aprile 1897.

FILIPPO SERAFINI.

PREFAZIONE ALLA NONA E DECIMA EDIZIONE

Nella nona e decima edizione delle Istituzioni dell'Illustre F. Serafini, oltre a curare scrupolosamente la correttezza formale del testo, si è aggiunta la bibliografia più moderna e si è tenuto conto della nostra legislazione più recente e dell'ultimissima giurisprudenza.

L'indice alfabetico in fondo è stato interamente rifatto per renderlo, quanto più fosse stato possibile, minuto e completo e quindi meglio rispondente al suo scopo.

Società Editrice Athenaeum.

INTRODUZIONE

CAPO I.

Significato del diritto romano in generale e delle istituzioni in particolare.

Il diritto romano, nel più ampio significato della parola, è il complesso delle regole giuridiche, che ebbero vigore presso il popolo romano nei varii periodi della sua esistenza.

Esso suole distinguersi in diritto anteriore a Giustiniano, in diritto giustinianeo, e in diritto posteriore a Giustiniano.

Col nome di diritto romano più propriamente s' intende il diritto giustinianeo, che fu in vigore presso quasi tutte le nazioni europee sino al declinare del secolo decimo ottavo, vige tuttora in qualche paese, ed è il tipo e il fondamento di tutte le legislazioni civili moderne [1]. E poichè la nuova civiltà, medioevale e moderna, in cui si svolse ed ebbe vigore pratico di legge, esercitò su di esso larga influenza e gli dette aspetto e speciali tendenze, per distinguerlo dal diritto giustinianeo originario e genuino si disse *diritto comune*.

Il diritto giustinianeo si contiene nelle quattro seguenti collezioni: *Institutiones, Digesta (seu Pandectae), Codex constitutio-*

[1] Vedi Buonamici. *Dell' importanza dello studio del diritto romano sotto l' impero dei codici moderni.* Pisa 1876, e le altre opere citate nello Arndts-Serafini, *Pandette*, vol. I, parte I, § 1, nota 4.

num e *Novellae*. Di queste quattro collezioni, che unite insieme formano il così detto *Corpus iuris civilis*, tratteremo più sopra ai capi IX, X e XI, ma fin d'ora giova osservare che le *Institutiones* furono da Giustiniano compilate per comodo dei giovani che si iniziavano nella scienza legale.

Nelle università nostre lo studio del diritto romano è diviso in due corsi, l'uno dei quali, affatto elementare e destinato ai principianti, è per ciò detto d'*Istituzioni*, mentre l'altro, consistente in una esposizione più estesa e particolareggiata di tutto il diritto romano, è detto di *Pandette* e destinato a coloro, che sono già inoltrati nello studio della giurisprudenza.

A lato di questi due corsi ve n'è un terzo, quello cioè della *Storia del diritto romano*, che ha per suo scopo precipuo di mostrare l'origine dei singoli istituti, che in maniera elementare sono oggetto delle Istituzioni ed in modo critico e minuto delle Pandette. Serve nello stesso tempo anche a mettere in rapporto la storia del diritto privato, del quale si occupano gli altri due corsi, con le rimanenti parti della legislazione romana, vale a dire con la storia delle fonti, con la storia del diritto pubblico, con la storia del diritto penale e con la storia della procedura civile e penale.

CAPO II.

Nozione di diritto, e sua divisione in diritto pubblico e privato, scritto e non scritto.

Il diritto in senso obbiettivo è la norma del vivere comune *(regula agendi)*. Esso potrebbe definirsi: la norma o il complesso delle norme prescritte alle azioni umane, la cui osservanza è garantita dal potere sociale.

I Romani dividono il diritto in pubblico e privato, in scritto e non scritto.

Diritto pubblico e privato. — Il diritto pubblico regola i rapporti degli uomini considerati come membri di uno Stato, e riguarda direttamente l'interesse generale dei cittadini *(ius quod*

ad statum rei romanae spectat). Il diritto privato regola i rapporti degli uomini fra di loro. Esso non contempla direttamente che l'interesse degli uomini considerati come individui, anzichè come membri di uno Stato (*ius quod ad singulorum utilitatem spectat*) [1].

Al diritto privato, del quale noi dobbiamo esclusivamente occuparci, appartengono le norme che regolano la condizione delle persone, i modi diversi di acquistare, di perdere e di trasmettere la proprietà privata, le forme e l'effetto delle obbligazioni fra i privati e le successioni a causa di morte.

Diritto scritto e non scritto. — Il diritto scritto è quello che emana dal potere legislativo; il diritto non scritto è quello che si forma da sè pel consenso comune dei consociati, e si conosce più propriamente sotto il nome di diritto consuetudinario [2].

Nell'infanzia dei popoli tutto il diritto è consuetudinario. Così era anche nei primordi di Roma, quando i *mores maiorum* costituivano la fonte principale del diritto privato. Col progredire della civiltà e col crescere continuo dei bisogni più svariati e complessi, si rende indispensabile di fissare le norme di diritto in una forma precisa e certa, di guisa che a poco a poco il diritto scritto subentra al diritto consuetudinario, venendo a costituire con esso quello che suole chiamarsi il diritto positivo dello Stato [3].

---

[1] § 4, Inst., *de iustitia et iure,* I, 1. Confr. Ulpiano, nel fr. 1, § 2, Dig. *de iust. et iure,* I, 1: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*

[2] Giuliano, nel fr. 32, § 1, Dig., *de legibus,* 1, 3: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes; nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* Vedi anche Ermogeniano, nel fr. 35 dello stesso titolo ed il § 9, *Inst.,* 1, 2. Cfr. per la nostra distinzione: Pernice, *Parerga X: Zum röm. Gewohnheitsrecht,* nella *Zeitschr. Sav.-Stift.,* XX, 127-171.

È giusto però avvertire che questa distinzione, esatta nei casi normali, resta sempre esteriore, nè vi ha quindi fra diritto scritto e non scritto,

Con ciò è detto che il diritto scritto si forma diversamente a seconda delle età e della costituzione politica delle nazioni. Presso i Romani il diritto scritto comprendeva le leggi del popolo romano, ed in seguito poi i senatoconsulti, gli editti dei magistrati, i responsi dei giureconsulti e le costituzioni dei principi [1]. Queste fonti del diritto scritto dei Romani meritano di essere esaminate separatamente [2].

CAPO III.

Leggi del popolo romano.

Le leggi del popolo romano si distinsero fino alla metà del quinto secolo di Roma in *leges* e *plebiscita*. Le *leges* erano le deliberazioni prese nei comizi curiati e centuriati: i *plebiscita* quelle prese nei comizi plebei [3].

Colla *lex Valeria Horatia* (dell'anno di Roma 305) incomincia l'assimilazione delle *leges* ai *plebiscita*, la quale si completa colla

---

legislativo e consuetudinario una coincidenza necessaria e perfetta. La legge può concettualmente, come avvenne presso i popoli antichi, aver vigore senza che sia impressa in documenti (§ 10, Inst., *de iure naturali, gentium et civili*, I, 2) ed al contrario le norme nel diritto consuetudinario possono manifestarsi da fonti scritte.

[1] § 3. Inst., *de iure naturali, gentium et civili*, I. 2: *Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, prudentium responsa.* § 9: *Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

[2] Per le fonti del diritto romano vedi LANDUCCI, *Storia del diritto romano*, Padova 1896, vol. I; PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, Firenze 1886, pag. 44 e seg.; FERRINI, *Storia delle fonti*, Milano 1885; PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I; *Le fonti e il diritto pubblico*, Innsbruck 1905; KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*, Leipzig 1888, tradotto in francese dal BRISSAUD. (*Histoire de sources du droit romain*, Paris 1894).

[3] GAI., Inst., I, 3: *Lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit.* Vedi anche il § 4, Inst., *de iure naturali, gentium et civili*, I, 2.

lex Hortensia del 468, per cui da questo momento vengono a chiamarsi *leges, plebiscita, populiscita, leges populi tributae* le deliberazioni dei comizi tributi, le quali hanno lo stesso valore delle *leges* dei comizi centuriati. È necessario pertanto dare uno sguardo all' istituzione dei comizi ed alle loro modificazioni.

Comizi curiati. — I comizi curiati costituivano la più antica assemblea legislativa dei Romani. I cittadini, vale a dire in principio i soli patrizi, erano divisi in trenta curie e si adunavano, convocati *nominatim* dal re o dal *tribunus celerum*, in quella parte del fôro, che fu appunto chiamata *comitium*. Il diritto di decidere sulla guerra [1], per la sua importanza effettiva, ci fa pensare ad un'età, che diremo pre-romulea, in cui il potere regio non si era ancora assodato e la sovranità risiedeva nella *gentes* [2]. Comunque sia stato per quei tempi antichissimi, sotto la monarchia i comizi curiati appariscono privi d' iniziativa.

Il re fa la *rogatio*, a cui le curie rispondono incominciando da una di esse tratte a sorte. Nel seno di ciascuna curia si vota (non è certo se per *gentes* o *nominatim*) ed ogni curia conta per un voto. Bastavano sedici voti, ed ottenuta poi la maggioranza, le rimanenti curie non erano più consultate.

Lo Jhering [3] vede nei comizi curiati un'assemblea dell'esercito, ma anche accogliendo questa congettura non torna insistervi ed apprezzarla; perchè è da osservare che in antico tutti gli elementi e gli aspetti della vita pubblica, religiosa, politica, militare sono insieme compenetrati e confusi. La funzione delle curie che noi vediamo più a lungo conservata in ordine alla legislazione, è la conferma o sanzione religiosa delle leggi e delle nomine *(auctoritas patrum)* [4].

---

[1] Dionigi (d'Alicarnasso), II, 14; Livio, I, 49.

[2] Sull'organizzazione gentilizia, che precede lo Stato vero e proprio, vedi il libro geniale del Carle. *Le origini del diritto pubblico e privato di Roma*, Torino 1883, pag. 174 e seguenti.

[3] *Esprit du droit romain* (trad. Meulenaere), tom. I, § 20.

[4] Se *auctoritas patrum* appartenga o no alle curie, è questione che ha lungamente diviso gli studiosi. Vedi riassunta e discussa di nuovo tutta la materia da Enrico Serafini, *Il diritto pubblico romano*, Pisa 1896, vol. I, pag. 31-82.

Atto legislativo-religioso era anche il *testamentum* nei comizi curiati presieduti dal pontefice, in quanto il popolo sanzionava una deroga del diritto comune, che avrebbe chiamato la *gens* a succedere in mancanza di un erede diretto. Similmente era atto legislativo-religioso l' *adrogatio,* con cui si provvedeva al mantenimento del culto gentilizio. Del resto noi sappiamo assai poco del diritto dell' età regia, e tutto quanto ne possiamo dire è che in esso l' elemento etico religioso *(fas)* non è ancora separato dall' elemento veramente giuridico *(ius)*, come apparisce dalle testimonianze, per quanto scarse, sul contenuto della compilazione papiriana *(ius Papirianum)*, di cui diremo più oltre.

Le curie, come aggregazione religiosa, durarono anche sotto la repubblica, quando avevano perduto ogni importanza costituzionale, ed allora vi troviamo ammessi anche i plebei. Questa ammissione, che secondo il Clason [1] data dalla *lex Ogulnia* del 454, è da altri creduta originaria; ma con tale ipotesi si sconvolgerebbe tutta la storia romana e sarebbero incomprensibili tanto la riforma serviana, quanto tutta la lotta fra patrizi e plebei che non avrebbe avuto luogo, se ai plebei fossero stati conferiti fino da principio i diritti politici nelle curie, dappoichè i plebei al principio della repubblica avrebbero già avuto in quei comizi la maggioranza [2].

Comizi centuriati. — I re mirarono sempre a introdurre nel corpo politico i plebei, che all' occhio geloso dei patrizi apparivano stranieri. Questa politica, che giovava contemporaneamente ad assodare le basi della monarchia e ad estendere la forza e la potenza dello Stato, cozzava con l' esclusivismo religioso e civile del patriziato, e perciò Tarquinio Prisco tentò invano di introdurre nella cittadinanza i plebei. Vi riuscì Servio Tullio, lasciando intatte le *gentes* e le curie consacrate dalla tradizione e creando su altra base una comunità nuova, che comprendesse nel suo seno patrizi e plebei.

Egli prese per base i rapporti locali e la ricchezza. I cittadini furono distinti in cinque classi a seconda che possedevano un

---

[1] *Kritische Erörterungen,* Rostock 1871.

[2] Vedi Enrico Serafini, *Diritto pubblico romano*, vol. I, § 6.

certo censo, che dagli storici fu poi valutato in moneta dopo l'introduzione del conio regolare [1]. Ogni classe è suddivisa in centurie e tutta la popolazione è poi distribuita topograficamente in tribù (*regiones*, φυλαί τοπικαί). Non conosciamo esattamente il numero delle tribù serviane, perchè mentre alcuni vogliono che il contado fosse spartito fra le quattro tribù urbane, altri sostengono che le prime sedici tribù rustiche sieno esse pure di istituzione serviana. La organizzazione timocratica si vede nella spartizione delle classi in centurie, giacchè mentre alla prima classe spettavano ottanta centurie *peditum* (quaranta *seniorum* e quaranta *iuniorum*) più diciotto centurie di cavalieri; la seconda, terza e quarta classe non avevano che da venti a ventidue centurie per ciascuna, e la quinta trenta. L'esercito romano è organizzato in 193 o 194 centurie, e questa organizzazione serve anche per l'adunanza comiziale. La divisione in tribù e centurie agevola l'esazione delle imposte ed organizza l'esercito, cosicchè piuttosto che un conferimento di diritti non è che una più equa spartizione dei carichi pubblici secondo le fortune. La prima classe colle sue 98 centurie aveva sempre la maggioranza nei comizi, ma intanto il principio dell'intererse pubblico si sostituiva a quello esclusivo di schiatta. I cittadini si riunivano dopo l'assunzione degli auspici *in campo Martio* sul fare del giorno, convocati dal re, e poi, sotto la repubblica, dai magistrati superiori. Il presidente faceva la preghiera (*solemne carmen*) e poteva dare all'adunanza il carattere di una *concio* con discussione: dopo di che aveva luogo il *comitium* vero e proprio, o votazione sulla *rogatio*. Ogni centuria ha un voto. Sono interrogate prima le diciotto centurie *equitum*, quindi le ottanta della prima classe; se la maggioranza non è ancora ottenuta, si interrogano le centurie della seconda classe. Com'è facile supporre, raramente si dovette andare oltre la seconda classe.

Quando per le successive conquiste crebbe il numero delle tribù locali e raggiunse nel 513 il numero, rimasto poi fisso, di trentacinque, ebbe luogo una riforma dei comizi centuriati, che

[1] Il censo delle classi dato da Livio e da Dionigi con piccola differenza è di 100.000, 75.000, 50.000, 25.000, 12.000 assi.

li democratizzò. Il numero delle centurie secondo Livio fu messo in relazione con quello delle tribù e secondo Dionigi si alterò l'ordine della votazione, sostituendo alle diciotto centurie dei cavalieri, che erano prima *praerogativae*, una sola centuria *praerogativa*. Sembra che in ciascuna delle trentacinque tribù si avesse una centuria costituita secondo il criterio del censo, ed una secondo il criterio dell'età; cioè cinque *iuniorum* e cinque *seniorum* per tribù, ossia in tutto 350 centurie *peditum*, a cui sono da aggiungere diciotto centurie di cavalieri, quattro di operai e musicanti e una di *capite censi:* in tutto 373. È chiaro che per ottenere la maggioranza bisognava chiamare sempre al voto almeno tutte le centurie delle prime tre classi. Contemporaneamente intanto coll'aumento della fortuna pubblica, che ebbe luogo al tempo delle guerre puniche, e per la coniazione dell'argento, il censo delle classi veniva ad essere duplicato.

I comizi centuriati sono i comizi per eccellenza (*comitia iusta, comitiatus maximus*) ed esercitarono per lungo tempo l'autorità legislativa insieme colla elettorale e la giudiziaria. Fino alla *lex Publilia Philonis* (dell'anno 415) il conferimento dell'*imperium* agli eletti delle centurie e la legalizzazione degli atti legislativi e centuriati spettava alle curie, ma da quel momento in poi la ratifica delle curie divenne mero atto formale e simbolico; le curie furono organi conservativi del gius familiare, e rimasero vere assemblee costituzionali soltanto i comizi centuriati ed i comizi tributi, dei quali dobbiamo ora parlare.

Comizi Tributi. — Al principio della repubblica i plebei formavano bensì parte dello Stato, ma non partecipavano affatto al diritto di cittadinanza. La loro prima mira fu di essere riconosciuti come comunità a parte dello Stato, capace di legiferare per sè sotto la guida di magistrati riconosciuti *(tribuni)*. I *concilia plebis*, sebbene non facessero parte della costituzione del popolo, sussistevano in base al trattato fra patrizi e plebei *(lex sacrata)* e per ciò i tribuni si arrogavano il diritto di citare innanzi a quei comizi coloro, che avessero violato le leggi sacrate. Col procedere del tempo, mentre i patrizi, dopo d'essere stati esclusi dai *concilia plebis* e dopo esservi apparsi come intrusi e poi come tollerati, giungono finalmente a farne parte quali

membri di diritto, l'autorità dei *plebiscita* si va estendendo a tutto il popolo. I *concilia plebis* di origine rivoluzionaria entrano nel quadro della costituzione ed i loro deliberati vengono a formar parte della legislazione romana. È uno svolgimento conteso ed avversato, ma che approda alla trasformazione degli antichi *concilia plebis* nei *comitia tributa*. Nella storia costituzionale romana l'attribuzione di autorità legale ai plebisciti è distinta in tre momenti: uno segnato dalla *lex Valeria Horatia* del 305, il secondo dalla *lex Publilia* del 415, il terzo dalla *lex Hortensia* del 468. È controverso, se le altre leggi, le cui formule non differiscono sensibilmente l'una dall'altra [1], abbiano stabilito le modalità per rendere valide tre diverse specie di plebisciti, o se abbiano cercato rimedio contro le astuzie ed i pretesti ritrovati dai patrizi per sottrarsi alla legge, ripetendo in forma sempre più chiara la proclamazione dello stesso principio. Quest'ultima opinione apparisce tuttavia la più accettabile, ed è poi potentemente rafforzata dalla considerazione che i tre momenti successivi coincidono con importanti moti della opinione pubblica in Roma e segnatamente il terzo momento che si apre coll'ultima *secessio* [2].

La *lex Hortensia* stabilì definitivamente il potere legislativo dei comizi tributi a scapito dei centuriati e da allora in poi sono *leges* anche le decisioni di questi comizi e con tali nomi sono rimaste nelle fonti, per citare esempi riferentisi al diritto privato, la *lex Aquilia*, la *lex Cincia*, la *lex Falcidia* e simili.

Considerando nell'insieme le vicende storiche delle autorità legislative comiziali, come vedemmo che i *comitia curiata* cedettero di fronte ai centuriati, così vediamo i centuriati in processo di tempo cedere ai tributi.

Le curie rimasero organo religioso e di diritto familiare, i comizi tributi furono l'organo legislativo che maggiormente con-

---

[1] *Ut quod tributim plebs iussisset populum teneret. — Ut plebiscita omnes Quirites tenerent. — Ut quod plebs iussisset omnes Quirites tenerent* (Livio, lib. III, cap. 55; lib. VIII, cap. 12; Plinio, *Storia naturale*, lib. XVI, cap. 10). Vedi anche Gaii, *Inst.*, I, 3.

[2] Ihne, *Die Entwickelung der römischen Tributcomitien* nel *Rheinisches Museum für Philologie* (nuova serie), vol. XXVIII, pag. 353-379.

tribuì in un coll'editto pretorio alla creazione del diritto civile, mentre le centurie ritennero la funzione dell'elezione alle magistrature maggiori e la competenza criminale nei processi più importanti [1].

Passiamo adesso all'età imperiale.

La sovranità del popolo, almeno in teoria, si mantenne per lungo tempo anche sotto l'impero. Ottaviano era in sostanza un principe, ma teoricamente non era che il supremo magistrato del popolo romano. Egli aveva il titolo (militare) d'imperatore; più tardi quello di padre della patria, poscia quello di Augusto; egli aveva la potestà tribunizia a vita (tribuno non poteva essere perchè patrizio) e la potestà proconsolare: era pontefice massimo; in poche parole egli riuniva sul suo capo le magistrature, i titoli, le dignità di maggior momento; ma ciò non ostante non era che il rappresentante del popolo; questo restava ancora sovrano [2] e conservò ancora le sue magistrature repubblicane, per quanto sempre più nominalmente.

Alcuni scrittori, appoggiandosi ad un passo di Tacito [3], ove è detto « *tum primum comitia e campo ad patres translata sunt* », insegnano che sotto Tiberio il potere legislativo passò dal popolo nelle mani del senato: ma che quelle parole non abbiano il senso loro attribuito dai detti scrittori, è provato dal fatto che anche sotto e dopo Tiberio furono emanate la legge Giunia Norbana e la legge Claudia sulla tutela muliebre, che sappiamo essere state votate dal popolo e non dal senato. Le espressioni di Tacito hanno un altro significato: il vocabolo *comitia* non indica le assemblee legislative in senso stretto, ma i comizi elettorali, i quali passarono effettivamente al senato ancor sotto Tiberio. Ora, se il senato aveva diritto di elezione, non aveva per questo esso solo anche il potere legislativo, che anzi di

---

[1] Vedi Enrico Serafini, *Diritto pubblico romano*, I, §§ 10-13.

[2] Come insegna il Landucci (*Storia*, I, pag. 494 e 560), la monarchia esisteva di fatto con Augusto e prima, di diritto non fu costituita che con Diocleziano. Tuttavia nei primi tempi dell'impero il senato conservò nella direzione della cosa pubblica i suoi poteri accanto al principe ed in alcuni rapporti anche esclusivamente.

[3] *Annali*, I, 15.

diritto non ebbe mai. Piuttosto, se la sovranità del popolo non cadde sotto Tiberio, cadde pochi anni di poi, passando effettivamente dal popolo al senato: ma convocazioni di assemblee si trovano ancora nel terzo secolo [1].

FORMAZIONE DELLA LEGGE.

Qualunque fosse il comizio (curiato, centuriato o tributo), cui fosse domandata l'approvazione della legge (*legem rogare*, onde le espressioni *legem abrogare, derogare, subrogare, obrogare*, delle quali diremo tra breve) il progetto doveva essere presentato (*legem ferre*) da un magistrato che ne avesse il diritto, e il comizio doveva essere convocato e deliberare con le debite formalità [2].

Il progetto (*rogatio*) doveva essere reso di pubblica ragione (*promulgatio*) dal magistrato proponente con un apposito editto almeno 24 giorni prima della votazione (*trinundinum*) e contemporaneamente doveva essere depositato nell'erario.

La discussione aveva luogo seppure il magistrato proponente la permetteva, come del resto avveniva per lo più, in apposite adunanze, dette *contiones;* in esse avevano luogo le difese del progetto (*suasiones*) e le opposizioni all'approvazione sua (*dissuasiones*).

Tutti i magistrati pari o maggiori del proponente ed i tribuni della plebe potevano con la loro intercessione impedire che il progetto fosse sottoposto al voto. Il proponente poteva ritirarlo, ma non modificarlo; per tal motivo la legge Cecilia Didia dell'anno 656 di Roma vietò che un progetto contenesse norme relative a varii argomesti (*leges saturae*).

L'assemblea legalmente convocata ed adunata (*comitium*) accettava o respingeva per intero il progetto, a voto palese fino alla legge Papiria del 623 di Roma, poi a scrutinio segreto.

---

[1] Alla fine del quarto secolo i comizi erano considerati come una cosa morta da un pezzo (AMMIANO MARCELLINO, XIV, 6).

[2] Su queste formalità costituzionali vedi LANDUCCI, *Storia*, I, pag. 63 e seg.; KRÜGER, *Quellen*, pag. 16 e seg.; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, pag. 425 e seg., e MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, vol. I, parte I, pag. 369-419.

Il magistrato presidente del comizio rendeva noto l'esito della votazione (*renuntiatio*) e leggeva al popolo, se approvato, il testo della legge.

Questa, se di grande importanza, si scolpiva in lastre di bronzo, ma in ogni caso si depositava con testimoni ed altre convenienti garanzie nell'erario di Saturno, che era, per dir così, l'archivio dei più solenni documenti dello Stato. Tale deposito ne costituiva la pubblicazione, consueta sino da antichi tempi, ma resa obbligatoria soltanto dalla legge Licinia Giunia del 692 di Roma [1].

La legge, cui si dava il nome del rogatore o dei rogatori, era composta di tre parti: 1ª la *praescriptio*, contenente il nome dei rogatori, l'assemblea interrogata, il giorno e il luogo del voto, la centuria o la tribù prima votante; 2ª la *rogatio* o il testo della legge, diviso per lo più in capi (*capita*); 3ª la *sanctio*, cioè la determinazione delle conseguenze che sarebbero derivate dalla trasgressione della forma.

Se dichiarava nullo ogni atto compiuto in suo contrasto la legge dicevasi *perfecta;* se si limitava a minacciare una pena ai contravventori, dicevasi *minus quam perfecta;* se non disponeva pel caso di contravvenzione, si diceva *imperfecta* [2].

La legge o era nuova (*rogabat*) o ne distruggeva una precedente (*abrogabat*) o ne toglieva via una parte (*derogabat*) o le aggiungeva alcunchè (*subrogabat*) o la modificava (*obrogabat*) [3].

LEGGI PIÙ IMPORTANTI DEL POPOLO ROMANO.

Le migliori raccolte delle leggi o frammenti di leggi romane, di cui il testo originale è giunto sino a noi, per mezzo di iscrizioni, o ci è noto almeno pel contenuto da relazioni di scrittori antichi, si hanno nel Bruns [4] e nel Girard [5].

---

[1] Vedi LANDUCCI, *La pubblicazione delle leggi nell'antica Roma*. Padova 1896.

[2] ULPIAN., *Reg.*, I, 2.

[3] Id., *Reg.*, I, 3.

[4] *Fontes iuris romani antiqui*, 7ª ediz. pubblicata per cura del GRADENWITZ.

[5] GIRARD, *Textes de droit romain annotés*, 2ª ediz., Paris 1895.

Noi qui indicheremo le principali.

Leggi regie e raccolta Papiriana. — La tradizione, riportata da scrittori dell'epoca romana avanzata, riconosce come *leges regiae* un complesso di norme riferibili principalmente al diritto sacro e ad istituzioni della vita patriarcale.

Di queste antiche consuetudini e di questi riti religiosi sarebbe stata fatta una raccolta da Papirio, la quale si conosce sotto il nome di *ius Papirianum*, come riferisce Pomponio nel fr. 2. § 2, Dig., *de origine iuris*, 1, 2: *Quae omnes (leges regiae) conscriptae extant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarathi Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur* ius civile Papirianum, *non quia Papirius de suo quidquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.*

L'*ius Papirianum* fu conosciuto negli ultimi tempi della repubblica solo per la riduzione e il commento dell'antiquario Gravio Flacco [1]; ma da quel poco che ne sappiamo, considerando il carattere sacro delle regole in esso contenute e le contraddizioni degli scrittori, è dato argomentare che non si trattasse veramente di leggi emanate dai re, ma sibbene di una raccolta di riti sacri ricavati dai *commentarii pontificum* e ridotta in forma legislativa forse dopo la pubblicazione delle dodici tavole [2]. Il titolo dell'opera, che secondo la testimonianza di Servio era *de rito sacrorum*, avvalora questa congettura. Ma con ciò non è negata la esistenza di vere leggi nel periodo regio; per quanto in numero ristretto ne furono certamente emanate, e basterebbe in proposito ricordare la costituzione serviana.

Legge delle dodici tavole. — Questa è la più importante legge del popolo romano e contiene tutta la scienza legale degli antichi romani. Essa raccolse le norme più antiche del diritto pubblico, criminale, privato, sacro e procedurale, comune

[1] Fr. 144, *de verb. signif.*, 50, 16 (Paul., libro X, *ad leg. Jul. et Papiam*).

[2] Sulle leggi regie e sulla raccolta Papiriana vedi Voigt, *Ueber die leges regiae*, Leipzig 1876-1877; Mommsen, *Staatsrecht*, II, I, 40 e seg.; Carle, *Origini del diritto romano*, pag. 310-324; Ferrini, *Fonti*, pag. 1 e seg.; Padelletti-Cogliolo, pag. 101; Landucci, *Storia*, I, § 25, pag. 75 e seg. e gli altri autori ivi citati.

ai patrizi e ai plebei, colle modificazioni richieste dallo scopo della legislazione, e le formulò in uno stile mirabile per brevità, rigore e precisione. La legge delle dodici tavole fu la prima ed anche l'ultima codificazione vera e propria in Roma. Essa ebbe un'immensa importanza, non solo perchè pose fine alla incertezza del diritto, ma anche perchè in essa patrizi e plebei riacquistarono la coscienza dell'unità dello Stato e scorsero la migliore garanzia delle comuni franchigie. Venne così a poco a poco ad esser considerata come uno statuto fondamentale, come l'arca santa del diritto romano, e ad essi si riattaccarono tutti i progressi e le fasi traversate da questo diritto.

Diremo quindi alcune parole sull'origine e sull'importanza di questo codice [1].

---

[1] Sulla storia dell'origine delle dodici tavole vedi Livio, *Storia romana*, lib. III, cap. 9-54; Dionigi (d'Alicarnasso), *Antichità romane*, lib. X, cap. 1-60; Pomponio, nel fr. 2, §§ 3, 4 e 24, Dig., *de orig. iur.*, I, 2. Consulta Landucci, *Storia*, I, § 27, pag. 79 e seg.; Padelletti-Cogliolo, pag. 104 e gli autori da essi citati. Cfr. Voigt, *Die XII Tafeln*. (Quanto è detto nel *testo* intorno alla data, alla origine, alla natura delle XII tavole, risponde, come è noto, alla tradizione più diffusa. È tuttavia necessario avvertire che, contro l'autenticità della legge delle XII tavole e della tradizione relativa, sono stati recentemente elevati dubbii non lievi in Italia dal Pais (*Storia di Roma*, I, 1, pag. 558 e seg.; I, 2, pag. 546 e seg.), in Francia dal Lambert (*Études de droit civil comparé*, I, [1903]: *L'histoire traditionnelle des XII tables*, nelle *Mélanges Ch. Appleton*, pag. 503 e seg). I criterii, in base ai quali l'autenticità fu negata, variano dall'uno all'altro scrittore, e sono per ciascuno molteplici: inattendibilità delle tradizioni connesse a quella intorno al decemvirato, duplicazione di avvenimenti posteriori, impossibilità della coesistenza di istituti giuridici appartenenti a diversi stadii di civiltà, modernità della lingua, ecc. Non è qui il caso di insistere nella discussione di ciascuno di questi criterii; la grande maggioranza degli scrittori è del resto concorde nel ritenere la genuinità della tradizione, almeno nelle sue linee fondamentali. Cfr. per tutti: Girard, *La question de l'authenticité des XII tables et les annales maximi* nella *Nouvelle Revue historique*, 1902, pag. 149 e seg.); Appleton, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'autenticité des XII tables* (nella *Revue générale du droit*, 1902-1903), e *Nature et antiquité des Leges XII tabul.* (negli *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, Roma 1904, IX, pag. 23 e seg.); Lenel, recensione delle opere del Lambert (nella *Zeitschr der Sav.-St.*, XXVI). Per una chiara esposizione della questione cfr.: Solazzi, *La questione della autenticità delle XII tavole*, nell'*Annuario dell'Università di Urbino*, anno 1903-1904.

Alla incertezza delle consuetudini, che è un fatto il quale avvenne presso tutti i popoli, si aggiunse in Roma che la plebe, la quale non aveva partecipazione alla cosa pubblica, ne soffriva per gli arbitrii dei patrizi le conseguenze e perciò richiese energicamente l'uguaglianza nei diritti coi patrizi e la codificazione del diritto. Dopo una lunga e gagliarda contesa, i patrizi cedettero alla proposta di por mano a fare un Codice di leggi uguali per tutti [1]. Si mandarono tre legati a prendere contezza della costituzione e delle migliori legislazioni greche [2]. Tornati i legati, furono eletti, in un'assemblea per centurie, dieci patrizi con l'incarico di compilare le nuove leggi. Le leggi compilate da quei dieci (decemviri) furono approvate dai comizi centuriati e si esposero nel comizio, perchè ognuno potesse prenderne cognizione e cessasse d'ora in poi il lamentato mistero. A quelle dieci tavole vennero nell'anno seguente aggiunte altre due, d'onde il nome di legge delle dodici tavole [3].

[1] L'agitazione cominciò dalla proposta del tribuno Terentillo Arsa nell'anno 293, di nominare una commissione di plebei per dar leggi stabili alla plebe. Il tribuno voleva ciò che, dieci anni prima, aveva voluto Publilio Volerone: costituire addirittura la plebe come uno Stato nello Stato. A questa funesta tendenza si opposero per molti anni, ed a ragione, le classi governanti. Infine nell'anno 300 anche il collegio dei tribuni scese a più miti consigli e propose al senato la nomina di una commissione mista di patrizi e plebei « *communiter legum latores et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quaeque aequanda libertatis essent* ». Vedi Padelletti-Cogliolo, pag. 103.

[2] In Atene? o nelle città della Magna Grecia? (Voigt, *XII Taf.*), o, come è più verosimile, in città etrusche di coltura greca? Vedi Lattes, *L'ambasciata dei romani per le XII Tavole*, 1881. Cfr. Ferrini, *Fonti*, pag. 6-7 e Keller, *Quellen*, pag. 8. Che la civiltà ellenica, del resto, avesse già splendidi capolavori legislativi, lo prova la scoperta famosa e recente della legge di Gortyna (Creta).

[3] Il primo decemvirato dell'anno 303, composto tutto di patrizi, compilò e fece accogliere ai centuriati dieci tavole di leggi. Il secondo decemvirato, nominato l'anno seguente per compire la codificazione, si compose invece di patrizi e plebei, non riuscì a compilare se non altre due tavole di leggi, le quali però non furono accolte dai comizi centuriati se non nell'anno 305, sulla proposta dei consoli dell'anno, e soggiacque alla nota rivoluzione che ristabilì il consolato. Questa differenza notevole nella com-

Non si deve credere già che la legge decemvirale delle dodici tavole fosse una copia o riproduzione delle leggi greche, che anzi l'opera dei decemviri fu quella di compilare e di scrivere il diritto privato degli antichi Romani, e di fondere in un sol diritto nazionale gli usi e le regole differenti dei popoli che si erano raccolti nella stessa città. Il diritto civile si fondò sull'antico costume, e riprodusse la costituzione preesistente della famiglia, della proprietà, dell'eredità, delle obbligazioni e dei contratti fra i cittadini. Quindi il diritto civile compreso nelle dodici tavole è un diritto originale come Roma, ha la sua indole propria e non è punto venuto di fuori. Da ciò che tuttora rimane delle dodici tavole si vede chiaramente che in esse furono ridotte a legge molte delle consuetudini antiche di Roma, vale a dire che fu codificato il primitivo costume. E se qua e là si riscontra qualche disposizione comune al diritto greco, bisogna attribuirlo piuttosto all'origine comune dei due popoli [1].

---

posizione e nella riuscita dei due decemvirati ha fatto sospettare, e non senza ragione, che il primo avesse avuto il còmpito più agevole di codificare il processo e il diritto privato e sacrale, dei quali i patrizi erano depositarii, e al secondo fosse toccata l'opera più ardua di stabilire la costituzione politica e il diritto pubblico (Zumpt, *Criminalrecht*, I, 1, 340). Tuttavia il Willems, con potenti argomenti, sostiene che anche i secondi decemviri furono patrizi. Nell'anno 306 le dodici tavole incise in bronzo (in *avorio, chorcae,* dice Pomponio nel fr. 2, § 4, *de orig. iur.*, I, 1, ma forse si deve leggere *roboreae*) furono pubblicamente affisse nel fôro, accanto alla tribuna degli oratori, di faccia alla curia. Lo stesso avveniva negli Stati greci; cfr. ciò che dice Aristotele della legislazione di Solone nella sua *Costituzione di Atene* di recente scoperta. Ancora nell'infanzia di Cicerone le dodici tavole venivano apprese nelle scuole come il venerabile fondamento del diritto romano. Cicero, *De legibus*, II, 4, 9.

[1] Pochissime disposizioni sono comuni alla legislazione Solonica; tali, la legge sui funerali (Cicero, *De legibus;* II, 25), la legge sui *collegia* (fr. 4, Dig., *de colleg. et corpor.;* 47, 22) e la legge sui confini (fr. 13, Dig., *finium regund.*, 10, 1); probabilmente anche il calendario, inserito, come pare, in una delle ultime due tavole. La compagine del primitivo diritto romano era ancora troppo forte, rozza e singolare per ammettere facilmente influenze straniere (Padelletti-Cogliolo, pag. 105). Vedi però Hoffmann, *Beiträge*, Wien, 1870, pag. 1-36 e pag. 45 e seg.

La legge delle dodici tavole fu sempre viva sino a Giustiniano. Prescindendo da alcune modificazioni, il diritto civile sotto la repubblica e sotto l'impero è in buona parte un'interpretazione della legge decemvirale. Questa legge però non poteva immobilizzare il diritto, e infatti cominciò ben presto, intorno ad essa, un nuovo lavoro d'interpretazione delle leggi esistenti o di adattamento dei nuovi bisogni e rapporti giuridici alle norme e alle formule già date dalle dodici tavole. Questo duplice lavoro è designato dai giuristi romani colla sola parola, presa in lato senso, di *interpretatio*. Nei primi tempi, non deve intendersi di una interpretazione scientifica e libera, sì bene ancora attaccata a un rigoroso formalismo e alla lettera della legislazione decemvirale, ma nello stesso tempo abbastanza ardita ed artificiosa per soddisfare ai nuovi bisogni. Il diritto che ne derivò come da nuova sorgente fu detto con parola generica *ius civile* [1]. I responsi dei giureconsulti classici si riportano spesso al testo o allo spirito della legge decemvirale, e alcuni di quei giureconsulti scrissero estesi commentari sulla

[1] L'ufficio di guidare e regolare i progressi del diritto quiritario spettò in verso la metà del quinto secolo al collegio dei pontefici, a cagione degli strettissimi rapporti che passavano fra il diritto e la sua amministrazione e la scienza del diritto sacro, del calendario e delle formule. Di questa scienza era naturale e gelosa depositaria quell'antica corporazione patrizia. Ma i rapidi progressi dell'elemento plebeo nello Stato non meno che l'istituzione della pretura urbana (anno 387 u. c.) dovettero contribuire notevolmente a diminuire l'influenza del collegio dei pontefici sopra il diritto, e può considerarsi come l'ultimo crollo dato alla loro influenza già scossa la pubblicazione fatta nell'anno 450 u. c. da Gneo Flavio, scriba di Appio Claudio Cieco, delle formule delle azioni di legge e del calendario, che rendeva inutile ogni ulteriore ricorso ai pontefici. Il libretto che conteneva le formule fu poi detto *ius civile Flavianum*: fu completato circa un secolo più tardi, dal giureconsulto Sesto Elio Peto, la cui aggiunta costituì *l'ius civile Aelianum*. Secolarizzata così la conoscenza e quindi l'interpretazione del diritto, l'ufficio d'interprete fu assunto da uomini delle più eminenti famiglie, che rivestivano i più alti uffici dello Stato; ed è cosa notevole che il primo a dare responsi in pubblico fu Tiberio Coruncanio nel 500 u. c., pontefice plebeo. Vedi LANDUCCI, *Storia*, I, § 15 e §§ 46-49.

medesima. I commentatori, per citare anche i grammatici e gli antiquari, furono Valerius Messalla, L. Acilius, Sextus Aelius Catus, L. Aelius Stilo Praeconinus, Servius Sulpicius Rufus, Antistius Labeo e Gaius, che vi scrisse sei libri, dei quali venti frammenti si conservano nei Digesti.

Ma sebbene il diritto delle dodici tavole abbia avuto vigore per tanti secoli, non possediamo di questo monumento nessun esemplare, ma solo de' frammenti tratti dalle Pandette e dalle opere di Cicerone, Aulo Gellio, Macrobio, Plutarco, Dionigi e vari altri scrittori giuridici e storici. La migliore ricostruzione delle dodici Tavole fu fatta dallo Schoell (*Legis XII tabularum reliquiae*, Lipsia 1866), che con qualche lieve modificazione è stata accettata dal Bruns (*Fontes*, pag. 17-40), e dal Girard (*Textes de droit romain*, pag. 9-22). L'opera di Maurizio Voigt (*Die XII Tafeln*, Lipsia 1883, in due volumi) giova molto alla conoscenza dell'antico diritto romano, ma la restituzione dei testi è alquanto arbitraria e in genere meno sicura della schoelliana.

ALTRE LEGGI DEL POPOLO ROMANO [1].

Fra le altre leggi del popolo romano meritano di essere ricordate in modo speciale le seguenti:

LEX AQUILIA *de damno* [2]. Regolò la responsabilità per i danni colposi extracontrattuali; era divisa in tre capitoli, dei quali abbiamo conoscenza abbastanza precisa dalle fonti giuridiche [3].

LEX VOCONIA *de mulierum haereditate* del 585. Per frenare la ricchezza ed il lusso delle donne, vietò ad esse di ereditare per testamento dai cittadini della prima classe del censo; a titolo di legato permise però di lasciar loro sino a metà del patrimonio;

---

[1] Una enumerazione completa, chiara e precisa di tutte le leggi romane si trova nel LANDUCCI, *Storia*, I, §§ 23-33. I resti genuini, che ce ne sono giunti, si trovano nel BRUNS, *Fontes*, I, pag. 45-304.

[2] Probabilmente del 467 u. c., BRUNS, *Fontes*, pag. 45.

[3] Vedi più innanzi vol. II, § 154.

in genere, secondo quella legge, niuno poteva acquistare per legato più di quanto acquistava l'erede [1].

Lex Falcidia *de legatis* del 714. Stabilì che all'erede dovesse rimaner sempre almeno una quarta parte della sua porzione ereditaria, e si dovessero quindi diminuire in proporzione i legati, se la loro somma superasse i tre quarti di detta porzione [2].

Lex Silia *de legis actione*. Introdusse un apposito modo di agire (*legis actio per condictionem*). Essa mirava a semplificare le precedenti *actiones sacramento* e *per iudicis arbitrive postulationem;* per i crediti liquidi di danaro essa permise alle parti di presentarsi in giudizio, narrare il fatto e senz'altro tornare entro trenta giorni dal magistrato per la nomina del giudice [3].

Lex Calpurnia *de legis actione*, che estese il sistema introdotto dalla legge Silia a tutte le azioni personali *ex certa re* [4].

Lex Iulia municipalis del 709. È conservata in una tavola di bronzo, scoperta in Eraclea, d'onde il nome di *tabula Heracleensis:* essa è divisa in due frammenti, l'uno dei quali era stato trasportato in Inghilterra (*aes Britannicum*) e l'altro chiamasi *aes Neapolitanum*, perchè è rimasto in Napoli, dove presentemente conservansi tutti e due. Il frammento napolitano è di maggiore importanza: esso contiene delle disposizioni intorno alla costituzione d'un municipio, d'onde il nome di legge municipale [5].

[1] Vedi il vol. II, § 217. Consulta Keller, *Grundriss zur Vorlesungen über röm. Rechtsgeschichte*, § 85; Bachofen, *Die lex Voconia*, 1843 e gli altri autori citati dal Landucci, *Storia*, I, pag. 94, nota 10.

[2] Vedi più innanzi il vol. II, § 217.

[3] Vedi più innanzi, § 35.

[4] Vedi più innanzi, § 35.

[5] Bruns, *Fontes*, pag. 102-110. Vedi Mazzocchi, *Comm. in R. Herc. mus. aen. tab. Herac.*, 1754. [Negli ultimi tempi, la identificazione delle disposizioni contenute nella tavola eracleense con la *lex Iulia municipalis*, a cui accennano altre iscrizioni, fu posta in dubbio: cfr. Mommsen, *Ephemeris epigraphica*, 1903; Legras, *La table latine d'Héraclée (La prétendue lex Iulia municipalis)*, Parigi 1907. Il Legras nega anche la attribuzione della *rogatio* a G. Cesare dittatore, e quindi la data comunemente accettata; ma vedi contro: Kübler, *Zeitschr. der Sav.-St.*, XXVIII, 409 e seg.; Arangio-Ruiz, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, XX, 83 e seg.].

Lex Rubria de Gallia Cisalpina, che si riferisce all'organizzazione giudiziaria e all'amministrazione della giustizia nella Gallia Cisalpina [1].

Lex Iulia (a. 757) *et* Papia Poppaea (a. 762). È dopo quella delle dodici tavole la legge più importante del popolo romano. La proposta della legge venne fatta da Ottaviano nel 736, ma nè il senato l'appoggiò, nè l'accettò il popolo romano nei comizi, benchè il poeta Orazio l'avesse anticipatamente lodata [2]. Ottaviano modificò in alcuni punti la sua proposta e la presentò al popolo che la votò, con la condizione che non dovesse entrare in vigore che dopo un triennio. Questa legge è quella che si conosce sotto il nome di *lex Iulia de maritandis ordinibus*. Molte furono le opposizioni che si fecero contro la medesima ancor prima che scadesse il termine triennale. Ottaviano, modificatala in alcuni punti, la fece novellamente proporre dai consoli M. Papio Rutilio e Quinto Poppeo Secondo, onde ebbe il nome di *lex Iulia et Papia Poppaea* [3].

Essa concerne in modo speciale i matrimoni, la procreazione dei figli ed il diritto di successione. Con un sistema di pene e di premi intese a riformare i costumi, ritenendo il matrimonio un dovere pubblico, come era per la rigida virtù degli antichi, perseguitando il celibato, piaga sociale, e considerando di mal occhio la mancanza di figli *(orbitas)*; più che altro nelle eredità diminuì o distrusse la capacità di succedere dei *coelibes* e degli *orbi*, e d'altrettanto aumentò quella dei coniugati con prole d'onde l'*ius patrum*; i beni i quali non potevano essere raccolti, spettavano agli eredi con figli ed in mancanza erano devoluti come *caduca* all'erario; v'erano pure vantaggi e svantaggi correlativi, riguardo ad ottenere pubblici uffici; infine vi

---

[1] Bruns, *Fontes*, pag. 97-101. Un frammento di questa legge fu scoperto ad Este nel 1880 (*Fragmentum Atestinum*). Fu edito dall'Alibrandi, negli *Studi e documenti di storia e diritto* (vol. II), dal Mommsen, nello *Hermes*, vol. XVI, pag. 24 e seg. e dal Bruns, *Fontes*, pag. 102.

[2] *Carmen saeculare*, vers. 18-21.

[3] Bruns, *Fontes*, pag. 115-16.

si proibivano le nozze di persone senatorie con attori o attrici ed in genere di ingenui con donne di cattivo affare [1].

Lo scopo della legge fu eluso dalle condizioni dei tempi, ma la sua importanza fu riconosciuta dai contemporanei e dai classici giureconsulti, alcuni dei quali ne scrissero estesi commentari [2].

Punti culminanti nella storia di Roma segnano inoltre pel diritto pubblico le leggi Valerie, le *sacratae*, le Valerie Orazie, le Licinie Sestie, e, quanto al diritto criminale, sono celebri le leggi Cornelie di Sulla e dei due Giuli, Cesare ed Ottaviano Augusto.

Fra quelle a noi pervenute sono inoltre importanti: la *lex Acilia repetundarum*, notevole per le molte notizie sulla storia del diritto e della procedura penale romana [3] — la *lex agraria* del 643, ricca di molti insegnamenti sulla varia condizione giuridica dei terreni [4] — la *lex coloniae Genetivae Iuliae s. Ursonensis* [5] — la *lex Salpensana* [6] — e la *lex Malacitana* [7], illustrate stupendamente dal Mommsen [8] — finalmente la *lex metalli Vipascensis*, la *lex Manciana* e la *lex Hadriana de saltibus Africae*. Tutte queste ultime leggi sono per la conoscenza del diritto municipale e dell'ordinamento economico dell'impero di grandissimo momento.

[1] Landucci, *Storia*, I, pag. 112 e seg.

[2] Ferenzio Clemente (XX libri), Giulio Mauriciano (VI libri), Ulpio Marcello (VI libri), Gaio (XV libri), Ulpiano (XX libri), Paolo (X libri). Fra i moderni è notevole il commentario dello Heineccio, *ad leg. Iul. et P. P.*, 1778. Vedi pure Jörs, *Die Ehegesetze des Augustus*, Marburg 1894.

[3] Bruns, *Fontes*, pag. 55-73. Si estendeva a tutti i magistrati e puniva ogni reato da loro commesso nell'esercizio delle loro funzioni: dal lato procedurale, in forza di essa, si nominò regolarmente un pretore pei reati di pubblici ufficiali e si formò una lista di 450 cittadini, dei quali le parti avevano diritto di escludere un certo numero sino a formare il giurì. Landucci, *Storia*, I, pag. 99.

[4] Id., *Fontes*, pag. 73-89.

[5] Id., *Fontes*, pag. 122-41; Landucci, *Storia*, I, pag. 72.

[6] Id., *Fontes*, pag. 142-146.

[7] Id., *Fontes*, pag. 146.

[8] *Corpus inscript. latinarum*, II, pag. 253.

CAPO IV.

Senatoconsulti.

Cenni storici sulla costituzione del senato. - Il senato non fu in origine che un'adunanza dei capi delle *gentes*, di cui il re consultava l'opinione prima di prendere alcuna deliberazione; ma si andrebbe errati supponendo che non fosse una istituzione politica permanente; esso trova il suo contrapposto ellenico nella γερουσία. Che se la scelta dei senatori apparteneva al re, non per questo convien dire che fosse arbitraria, almeno in origine. D'altra parte il re poteva convocare il senato a piacimento ed esporgli le sue domande; non v'era una regola che l'obbligasse a farlo entro un certo termine nè il collegio poteva radunarsi senza convocazione. Inoltre le attribuzioni dei senatori si limitavano a pronunciare un consiglio quando erano interrogati e questo non poteva aver forza di obbligare il re, il quale dal canto suo, per l'indole della prima costituzione monarchica italo-greca, non poteva a meno di consultare il senato in tutti gli affari di rilievo. Anche le proposte che faceva alla cittadinanza nei comizi erano, per lo più, prima esaminate nel senato [1].

Nell'età repubblicana l'importanza politica del senato crebbe assai ed è noto come sovrappostosi o sostituitosi gradatamente ai poteri dello Stato seppe con una direzione savia ed energica guidare Roma per la via della gloria ed assicurarle solida potenza. Esso avea tale potere sulle provincie che lo chiamavano *Dio*.

---

[1] Sopra il senato nell'età regia si vegga Lattes, *Della costituzione del Senato nell'epoca regia* (*Memorie dell'Istituto Lombardo*, tomo XI); Bloch, *Les origines du Sénat romain*, Paris 1883; Enrico Serafini, *Diritto pubblico romano*, vol. I, § 5. Per l'età repubblicana vedi sopratutto la bellissima opera del Willems, *Le Sénat de la république romaine*, 2 vol. 1884. Per l'età imperiale si consultino: Hermann, *Senatus romani sub primis quinque Caesaribus quae fuerit fortuna ac dignitas*, Bruchsal 1857; Caduzac, *Décadence du Sénat romain depuis César jusqu'à Constantin*, Limoges 1847; Dumeril, *De Senatu romano sub. imper. Augusto Tiberioque*, Paris 1856.

come chiamavano *Dea* Roma; e anche nell'interno della città la sua autorità era grandissima. I magistrati supremi, terminato il loro ufficio, rendevano conto al senato della loro gestione; e se nei primi tempi della repubblica le deliberazioni del senato non acquistavano forza di legge, tranne che fossero accettate dai comizi, in seguito quell'assemblea venne ad usurpare di fatto il potere legislativo. È a datare dagli ultimi tempi della repubblica, che le deliberazioni del senato *(senatusconsulta)* divennero così una delle fonti del diritto civile [1].

L'autorità morale del senato provenne anche dall'essere composto sotto la repubblica per la maggior parte da ex magistrati, che rappresentavano la pratica amministrazione. Era già antica consuetudine che il supremo magistrato, re o console, ve li nominasse; ma divenne un vero obbligo per effetto della legge Ovinia della metà del quinto secolo di Roma. Essa trasferì la nomina dei senatori *(dectio senatus)* ai censori e li obbligò ad includervi tutti gli ex magistrati, salvo quelli che sulla fede del loro giuramento ne riputassero indegni.

I senatori erano inscritti (*patres conscripti*) in una lista per ordine di dignità, vale a dire prima gli ex magistrati secondo l'ordine delle varie magistrature già rivestite *(certus ordo magistratuum)*, poi tutti gli altri, che erano detti pedarii [2]. Il primo inscritto nella lista, che era l'ex magistrato più anziano della più alta magistratura, si diceva *princeps senatus*.

Il diritto di convocare e di presiedere il senato spettò sin dall'origine ai magistrati supremi dello Stato; dal principio del quinto

[1] Gai., *Inst.*, I. 1: *Senatusconsultum est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesitum.* Cfr. anche Ulpiano, fr. 9, Dig., *de legibus*, I. 3 e Pomponio, fr. 2. § 9. D., *de origine iuris*, 1. 2. Su quest'ultimo passo vedi l'interessante studio del Rossi, *Le origini del potere legislativo del Senato e l'opinione di Pomponio*, Siena 1890.

[2] Il passo più completo sui senatori pedarii ed al quale tutti hanno sempre ricorso è quello di Gellio, *Noct. att.*, III. 18. Vedi Landucci, negli *Atti e Memorie della R. Accademia di Padova*, nuova serie, vol. IV, pag. 37-78; Cantarelli, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I. pag. 353 e nel *Bullettino dell'Istituto di dir. rom.*, I. 279; Enrico Serafini, *Dir. pubbl. rom.*, I. 197-202.

secolo di Roma spettò anche ai tribuni della plebe: finalmente si raccolse nell'imperatore e nei consoli.

Il senatoconsulto era proposto da un magistrato, e la votazione aveva luogo o *per discessionem* o *per singulorum sententias*.

Il senatoconsulto era redatto dal proponente (*relator*) e da una commissione, da lui eletta, di senatori. Esso si componeva di tre parti:

1° il preambolo, cioè il nome del relatore e dei commissari assistenti, il giorno ed il luogo in cui fu votato;

2° la *relatio* (testo del senato consulto) spesso seguita dal riassunto dei motivi, che la consigliavano;

3° la deliberazione del senato preceduta dalla formula: *De ea re ita senatores censuere.*

I senatoconsulti si depositavano nell'*aerarium Saturni*, e venivano trascritti dagli *scribae*, sotto la sorveglianza dei questori.

Del resto, sebbene il senato avesse durante la repubblica raggiunto il più alto grado d'importanza politica ed acquistato sulla fine, per lo meno di fatto, anche il potere legislativo, nondimeno non divenne importante per la legislazione civile se non quando andò perdendo la sua autorità politica, cioè sotto Augusto ed i suoi successori sino a Diocleziano. Durante questo periodo e specialmente da Tiberio a Severo, i senatoconsulti costituirono una delle principali fonti del diritto civile. Con Diocleziano prende grandissimo incremento la legislazione edittale degli imperatori, ed il senato si riduce ad assoluta impotenza: ma prima ancora di Diocleziano gli imperatori si valevano del senato per fare eseguire i proprii arbitrii. Gli imperatori dopo Severo presentavano una proposta in iscritto (*epistula*), o facevano una proposizione orale (*oratio*) ed il senato decretava umilmente il volere del principe, talchè l'*oratio* apparve come la cosa principale e il senatoconsulto come secondaria. Ecco il motivo per cui i giureconsulti romani, ogniqualvolta vogliono appoggiare le loro decisioni sopra i senatoconsulti resi sotto gli imperatori Marco Aurelio, Severo

o Caracalla, citano le orazioni e le epistole di quegli imperatori, anzichè i senatoconsulti medesimi [1].

ALCUNI SENATOCONSULTI IMPORTANTI [2]. — I senatoconsulti più importanti sono: il *Sc. Macedoniano* che proibì di mutuare danaro ai figli di famiglia, negando al mutuante l'azione per chiedere la restituzione del danaro mutuato [3]; il *Sc. Neroniano* relativo alle formole dei legati [4]; il *Sc. Planciano* che introdusse l'azione *de partu agnoscendo* per le donne divorziate [5]; il *Sc. Tertulliano* concernente il diritto di successione della madre nei beni dei suoi figliuoli [6]; il *Sc. Orfiziano* che chiamò i figli alla successione intestata della madre a preferenza dei fratelli o sorelle e degli altri agnati della madre [7]; *Sc. Trebelliano* relativo alla eredità fidecommissaria [8] il *Sc. Pegasiano* che estese la falcidia ai fidecommessi [9]; e il *Sc. Velleiano* che dichiarò inefficaci le intercessioni delle donne [10].

CAPO V.

Editti dei magistrati.

Gli editti erano avvisi, che i magistrati aventi lo *ius edicendi* pubblicavano, per far noto come avrebbero eseguiti gli affari di loro competenza. Per lo studio del diritto romano hanno speciale importanza gli editti del pretore.

Il pretore, prima di entrare in ufficio, soleva pubblicare anche esso il programma della sua amministrazione, cioè un editto in

[1] Vedi su tutta la materia LANDUCCI, *Storia*, I, § 34 e seguenti, e ENRICO SERAFINI, *Dir. pubbl. rom.*, I, pag. 187 e seg.

[2] Vedi la nota dei senatoconsulti nel LANDUCCI, *Storia*, I, §§ 36-39.

[3] Vedi il vol. II, § 132 della presente opera.

[4] Vedi il vol. II, § 210.

[5] Vedi il vol. II, § 170.

[6] Vedi il vol. II, § 193.

[7] Vedi il vol. II, § 193.

[8] Vedi il vol. II, §§ 198, 221 e 224.

[9] Vedi il vol. II, §§ 221 e 224.

[10] Vedi il vol. II, § 150. Altri senatoconsulti importanti sono: *Sc. Claudianum* (*Inst.*, III, 12; Cod., VII, 24); *Libonianum* (D., XLVIII, 10); *Silanianum et Claudianum* (D., XXIX, 5); *Turpillianum* (D., XLVIII, 16).

cui esponeva i principii, secondo i quali avrebbe deciso gli affari sottoposti alla sua giurisdizione. Quell' editto del pretore chiamavasi annuo, perchè durava tutto l'anno in cui il pretore, che lo aveva emanato, rimaneva in ufficio: una *lex Cornelia* del 687 di Roma vietò espressamente al pretore di dipartirsi dall'editto in principio d' anno proposto. Tale editto si conosceva più specialmente sotto il nome di *edictum perpetuum*, perchè vigeva durante tutto l'anno della pretura, a differenza degli editti repentini o ordinanze del momento sopra un caso affatto particolare. L'editto perpetuo non obbligava altri magistrati fuorchè il pretore da cui era stato emanato. Il nuovo pretore che entrava in ufficio nell'anno successivo annunciava anch'esso la giurisprudenza che si proponeva di osservare durante la sua pretura, ma i pretori usavano una grande cautela nell' innovare, e in massima riproducevano gli editti perpetui dei loro predecessori, facendovi solo quelle modificazioni e quelle aggiunte che erano richieste dai tempi mutati e dai nuovi bisogni [1]. Quelle norme, che in questa guisa passavano inalterate da un editto all' altro avevano il nome di editto tralatizio *(tralaticium)*, che coll' uso acquistava naturalmente una grande autorità e si incarnava, per così dire, nella coscienza del popolo, sì da essere considerato come una specie di diritto consuetudinario.

Per tal modo si formò col tempo un vero diritto tralatizio.

Il diritto stabilitosi così per una costante pratica di giurisdizione pretoria ebbe il nome di diritto pretorio, appunto perchè introdotto dai pretori, o anche quello di diritto onorario, *quod ab honore praetoris venerat* [2], e come tale fu contrapposto all'*ius civile* [3].

---

[1] Vedi Landucci, *Storia*, I, § 40, pag. 134 e seg.; Padelletti-Cogliolo, pag. 111 e seg. e pag. 403 e seg.; Ferrini, *Fonti*, pag. 16; Cuq, *Les istitutions jurisdiques*, Paris 1891, pag. 476 e seg.; Krüger, *Quellen*, pag. 30 e seg.; Wlassak, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, Graz 1884; *Edict und Klageform*, Jena 1882; Karlowa, *Rechtsq.*, pag. 158.

[2] Pomponio, fr. 2, (10, D., *de orig. iuris.*, I, 2; Gai., I, 6, § 7, Inst., *de iur. nat. gent. et civ.*, I, 2.

[3] Papinianus, fr. 7, D., *de iustitia et iure*, I, 1. Cfr. Cicero, *De legibus*, I, 5, 17.

Editto perpetuo di Salvio Giuliano. — Come dicemmo, i pretori lasciavano bensì intatti in gran parte gli editti dei loro predecessori, e li adottavano come editti tralatizi, confermati da un uso costante: ma per supplire ai novelli bisogni, essi vi apponevano sempre nuove aggiunte, nuove clausole, e nuovi svolgimenti. Per tal modo avvenne che gli editti mancassero d'ordine logico e per sopra più contenessero parecchie contraddizioni. Si pensò quindi ad eliminare queste e ridurre l'editto ad un ben ordinato sistema. Sembra che già Cesare avesse incaricato il giureconsulto Aulo Ofilio di codificare i due vasti campi dell'*ius civile* e dell'*honorarium*. Il progetto, troncato dalla morte del dittatore, fu ripreso dall'imperatore Adriano, che ne affidò la esecuzione al celebre Salvio Giuliano, il quale non si sa bene in quale anno) compì il lavoro, tralasciando la parte antiquata, modificando alcune espressioni, aggiungendo alcune clausole nuove, ma in complesso rispettando l'ordine antico [1]. Il diritto pretorio ricevette con la redazione giulianea una forma definitiva; continuò bensì ad avere vigore come diritto avente base nell'*ius edicendi* dei magistrati, ma di fatto questi non ebbero più facoltà d'introdurre nell'editto nuovi mezzi nè di modificarlo. Con ciò gli antichi editti perderono il loro vigore e l'*ius edicendi* venne ridotto nei più ristretti limiti possibili. La compilazione ufficiale di Salvio Giuliano, se da un canto fu di qualche giovamento alla pratica applicazione delle leggi, d'altro canto divenne un ostacolo al progressivo svolgimento del diritto, dappoichè essendo stata tolta la facoltà ai pretori di introdurre nell'editto modificazioni e cambiamenti, venne a mancare uno dei mezzi più potenti per adattare l'editto ai bisogni sempre novelli della vita pratica.

Lavori scientifici sul diritto pretorio. — Già prima che l'editto ricevesse per opera di Salvio Giuliano il suo assetto

[1] Vedi Ferrini, *Sull'ordinamento dell'Editto pretorio anteriore a Salvio Giuliano* (nei *Rend. dell'Istituto Lombardo*, 1891); Girard, *Un document sur l'édit antérieur à Julien* (nelle *Mélanges Gerardin*, Paris 1907, e su di esso Riccobono, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XX, pag. 92 e seg.

definitivo, fu oggetto di studi e commenti, cominciando da brevissimo di Servio Sulpicio, di cui parla Pomponio, e venend fino ai commenti di Labeone, Fabio Mela, Sesto Pedio e Vivian e a quello contenuto nella prima parte dei Digesti di Celso. Ma dopo l'opera giulianea, l'attività dei commentatori si fece ancor più viva: lo stesso Giuliano commentò diffusamente l'editto ne primi 52 libri della sua grandiosa opera *Digestorum;* inoltre i apposite opere Pomponio, Paolo, Ulpiano, Furio Antiano e Cal listrato. Gaio scrisse alcune monografie sull'editto del pretor urbano e commentò quello del proconsole della provincia d'Asi (o, invece, la parte comune degli editti provinciali?) nella so stanza identico a quello di Roma. Tali commentari fornirono tanta messe ai compilatori delle Pandette, che una terza parte d queste è composta di frammenti di essi. Basta questo fatto pe dimostrare l'immensa importanza che l'editto perpetuo di Salvio Giuliano ha per lo studio del diritto romano. Ma purtroppo d questo monumento importantissimo non ci è arrivata nessun copia, e i dotti furono costretti di tentarne la restituzione col l'aiuto dei frammenti sparsi alla rinfusa nelle Pandette. La più recente restituzione, dopo quella del Rudorff, e senza dubbio la più importante, è quella di Ottone Lenel [1].

INDOLE ED IMPORTANZA DEL DIRITTO ONORARIO.

Il diritto onorario, formatosi dall'*ius edicendi* dei magistrati fu un istituto tutto proprio e particolare dei Romani e fu i mezzo più efficace per lo svolgimento organico del diritto romano Imperocchè, mentre serviva qual custode ed organo della legge civile, suppliva al silenzio della medesima e ne temperava l'eccessivo rigore. Senza mancare di rispetto alla legge fonda mentale, si piegava ai bisogni novelli della società, e così effet tuavasi in lui l'unione dei due principii, che formano la vita

[1] *Das Edictum perpetuum*, 1ª ediz., Lipsia 1883 e 2ª ediz., Lipsia 1907 Lo stesso LENEL ha curato l'edizione dell'*Editto perpetuo* nella 7ª edizione delle *Fontes* del BRUNS, pag. 211-238. Commendevole è pure l'edizione de GIRARD, *Textes de droit romain*, Paris, pag. 1895, pag. 117-144.

ei civili consorzi, cioè la conservazione e il progresso. Quella gislazione annuale aveva l'immenso vantaggio di seguire gli cessanti progressi della civiltà e di adattarsi ai costumi che lontanandosi a poco a poco dall'antica rigidezza, costringevano pretori a non applicare l'antico diritto se non colle modificaoni reclamate dai nuovi rapporti e dai nuovi bisogni [1]. Per al modo il diritto onorario, mantenendo la legislazione in un oto continuo e graduato, evitava le perniciose conseguenze dei ne estremi, cioè della immutabilità e della precipitazione. Infatti a pretura non durava che un anno. Il novello pretore sottoeneva l'editto ad una nuova revisione, e mentre si atteneva al iritto esistente in tutte quelle parti che avevano fatta buona rova ed erano confacenti all'indole del popolo ed ai costumi dei empi, eliminava tutto ciò che non corrispondeva più ai bisogni lella vita e vi aggiungeva tutte quelle nuove disposizioni che si rano rese necessarie col cambiamento dei tempi e dei costumi, col nutarsi delle relazioni sociali e precipuamente collo sviluppo ecoomico e morale della società. Si può dire adunque, senza tema li errare, che, se il diritto romano ha raggiunto quel grado d'imortanza che gode tuttora presso tutte le colte nazioni, esso lo deve n gran parte all'*ius edicendi* e al conseguente *ius honorarium*.

CAPO VI.

Costituzione dei principi.

Le costituzioni dei principi sono quelle disposizioni, con cui gli imperatori romani, in forza delle varie magistrature che rivestivano e del continuo assorbimento d'ogni potere nelle loro mani, statuivano norme attinenti alla legislazione in generale o alla condizione giuridica di qualche persona in particolare [2].

---

[1] PAPINIANUS, fr. 7, § 1, D., *de iust. et iure*, 1, 1: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

[2] GAI., *Inst.*, 1, 5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem obti-*

SVOLGIMENTO STORICO DELLE COSTITUZIONI DEI PRINCIPI [1].

I principi romani, a mano a mano che venivano rivestiti di qualche magistratura, acquistavano il diritto di rendere ordinanze simili a quelle dei pretori e degli altri magistrati maggiori. Dal momento poi che Roma cessò di essere repubblica, se non in teoria almeno nella realtà delle cose, e che le varie magistrature si riunirono a poco a poco nella persona dell'imperatore, questi si vide collettivamente investito della facoltà di emanare quelle ordinanze che dapprima si rendevano individualmente dai singoli magistrati. Le costituzioni imperiali adunque cominciarono già con Augusto ad essere fonte legittima di diritto scritto. Senonchè Augusto ed i suoi primi successori, convinti che il segreto di ogni nuovo governo sta nel conservare l'immagine dell'antico, lasciarono sussistere le antiche magistrature, e manifestando la loro volontà sotto forme repubblicane, rispettarono l'apparenza della repubblica. Ciò spiega come nei primi tempi dell'impero la sorgente più feconda del diritto non fossero già le imperiali costituzioni, ma i senatoconsulti. A grado a grado poi che andò crescendo il potere imperiale, crebbe (cominciandosi da semplici rescritti) anche il numero delle imperiali costituzioni. Con Diocleziano esse divennero l'unica fonte del diritto; imperciocchè e leggi e plebisciti e senatoconsulti e diritto onorario e diritto scientifico, tutto era svanito, ed altro non restava che la volontà degli imperatori. Così la legislazione imperiale presenta nel suo svolgimento due distinte fasi. Nella prima (la *diarchia*) è l'esercizio del potere di un magistrato senza una vera potestà legislativa; nella seconda (la *monarchia*) è l'esercizio del potere assoluto del principe, superiore a tutte le leggi.

---

neat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. Cfr. § 6, Inst., *de iure nat. et civ.*, I, 2 e fr. 1, D., *de const. princ.*, I, 4.

[1] Cfr. sopratutto: WLASSAK, *Kritische Studien*, pag. 106-192. Vedi poi LANDUCCI, *Storia*, I, § 62; FERRINI, *Fonti*, pag. 51-56, 103-107 e KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, § 85.

Le costituzioni imperiali ebbero nomi e caratteri varii: se e possono distinguere otto generi:

I. *Leges datae*, vale a dire costituzioni emanate in seguito d un incarico dato all'imperatore dalle tradizionali assemblee egislative (comizi e senato).

II. *Orationes*, vale a dire relazioni fatte al senato a voce per iscritto (in persona o per mezzo di un rappresentante) e he il senato rivestiva dell'autorità di senatoconsulti: mentre da rincipio la *oratio* non ha valore che di proposta, più tardi, per il rogressivo indebolimento dell'autorità del senato di fronte a quella del principe, si finisce per considerare come decisiva la *ratio* stessa, che viene così a costituire il senatoconsulto.

III. *Edicta*, cioè editti pubblicati dagli imperatori in virtù li alcuna delle magistrature o promagistrature di cui erano atolari.

IV. *Decreta*, cioè le decisioni emanate (sia in prima istanza, sia in grado di appello) dall'imperatore, nel quale si raccoglieva via via tutto il potere giudiziario.

V. *Mandata*, cioè gli ordini e le istruzioni inviate dagli imperatori ai loro dipendenti, di regola relativi al modo di disimpegnare il loro ufficio.

VI. *Rescripta*, risposte a domande, verbali o scritte, di privati o di giudici, intorno a qualsiasi punto di diritto, sia in via astratta, sia rispetto a speciali casi. I *rescripta* si distinguono, per quanto riguarda la lora forma, in *subscriptiones*, cioè risposte scritte immediatamente sotto la domanda, ed *epistulae*, cioè apposite lettere: di regola, si risponde nella prima forma alle domande dei privati, nella seconda a quelle dei giudici.

VII. *Leges generales*, o leggi generali, le quali, da Diocleziano in poi, vennero in uso, vale a dire da quando fu a viso aperto abbandonata del tutto l'antica forma repubblicana di governo.

VIII. *Pragmaticae sanctiones*, leggi generali anch'esse, ma dirette per la massima parte a corporazioni, o a privati che le rappresentassero, e contenenti per lo più un intero ordine di disposizioni legali, quasi, come oggi si dice, per farne un testo unico.

Di tutte queste categorie di costituzioni sono per lo studioso del diritto romano d'importanza più grande, rispetto alle altre, i *rescripta*, perchè un numero considerevole ne fu incluso nei codici o raccolte di costituzioni, dando loro valore generico, e le *leges generales*, che divennero dopo Diocleziano la vera e diretta fonte del diritto.

In tutte le costituzioni si ponevano il nome dell'imperatore, il luogo ove egli si trovava, la data, cioè il nome dei consoli, che davano nome all'anno, ed il numero dell'èra cristiana dopo Costantino, infine il nome dei magistrati, cui erano dirette, o dei privati, che le avevano richieste.

RACCOLTE DELLE COSTITUZIONI IMPERIALI.

Nate, come manifestazione dell'*ius edicendi* e dell'ufficio di interpretazione delle leggi competente al principe, per naturale processo di cose, le costituzioni imperiali ottennero sempre maggiore autorità. Da ultimo poi esse vennero considerate come veri oracoli, così che Giustiniano poteva dire senz'altro che nulla vi era di più sublime e di più santo delle imperiali costituzioni. Le quali crebbero a tal segno che portarono grande sconvolgimento e grandi difficoltà nelle ricerche della giurisprudenza, e fecero sentire imperiosamente il bisogno di formare delle collezioni, dette *codices constitutionum*. La prima di tali collezioni, di cui resti memoria, è quella in venti libri delle costituzioni di Marco Aurelio e Lucio Vero fatta da Papirio Giusto. Ne abbiamo frammenti nei Digesti. Ben più importanti sono le collezioni seguenti.

Codice Gregoriano ed Ermogeniano [1]. — La compilazione Gregoriana contiene molte costituzioni da Adriano a Diocleziano, l'Ermogeniana comprende varie costituzioni da Diocleziano a Valentiniano e Valente, dimodochè l'una serve di complemento

---

[1] Bibliografia: Huschke, *Ueber den Gregorianus und Hermogenianus Codex*, nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VI, 279; Mommsen, *Die Benennungen der Constitutionensammlungen*, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung (Rom. Abth.)*, XXIII (X), 1889, pag. 345-351; Landucci, *Storia*, I, § 66; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, I, § 113.

all'altra e formano insieme il *Codex Gregorianus et Hermogenianus* [1]. Il Codice Gregoriano ed Ermogeniano, sebbene fosse una raccolta privata, ebbe tale autorità che gli avvocati e i giuristi di quei tempi se ne servivano come di testo ufficiale e come tale è anzi riconosciuto nello stesso Codice Teodosiano [2].

Codice Teodosiano. — Questo codice è molto più importante del precedente, perchè è più completo, perchè ci è pervenuto quasi nella sua integrità e perchè senza dubbio ebbe valore legale. Esso fu compilato per ordine di Teodosio II. Quest'imperatore istituì nell'anno 429 una commissione coll'incarico di completare il Codice Gregoriano ed Ermogeniano mediante una nuova raccolta di tutte le costituzioni imperiali pubblicate dopo Costantino: ma siccome quella commissione non corrispose alle istruzioni dell'imperatore, venne nell'anno 435 nominata una nuova commissione composta di sedici giurisperiti per eseguire il progetto annunciato nella costituzione del 429. Il lavoro fu terminato nel 438 e pubblicato come Codice per l'impero di Oriente, che doveva valere dal primo gennaio 439 quale unica fonte del diritto imperiale dopo Costantino. Nello stesso anno Valentiniano III lo fece comunicare al senato di Roma che lo accettò con una decisione solenne e a voti unanimi come Codice ufficiale per l'occidente. Il codice di Teodosio comprende le costituzioni di sedici imperatori dall'anno 312 all'anno 437. Diviso in sedici libri, suddiviso in varii titoli e questi in costituzioni, esso abbraccia tutte le parti della legislazione degli imperatori romani, cioè il diritto civile, il diritto penale, la polizia, le attribuzioni dei magistrati, gli affari militari ed ecclesiastici. Dal punto di vista storico, il Codice di Teodosio è più importante di quello di Giustiniano, dappoichè in esso le costituzioni imperiali sono più spesso riprodotte nella loro forma originale, mentre il Codice Giustinianeo ce le presenta alterate. Il Codice di Teodosio ci fa conoscere l'ulteriore evoluzione del diritto romano, e per

[1] Del Codice Gregoriano ed Ermogeniano non ci sono rimasti che pochi frammenti che sono riprodotti nella *Collectio*, tom. III, pag. 223 e seg. (*Codices Gregor., Hermog.* recognovit Krueger).

[2] Cfr. anche la costituzione *Cordi* di Giustiniano, § 2.

esso meglio si comprende l'azione di questo diritto sulla vita medievale, e ci scopre l'origine di molti istituti di questa età, che altrimenti non si potrebbe in verun modo rintracciare [1].

Codice Giustinianeo. — Nel primo anno del suo regno Giustiniano elesse una commissione di dieci giureconsulti, alla testa dei quali pose Giovanni ex-questore del sacro palazzo e fra i quali trovavansi il celebre Triboniano e Teofilo professore di diritto a Costantinopoli. I nuovi decemviri, rivestiti di estesissimi poteri, ebbero l'incarico di rivedere tutte le costituzioni degli imperatori, come erano contenute, da Adriano in poi, nei Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, purgarle dagli errori e dalle contraddizioni, reciderne quanto era andato in disuso o divenuto superfluo, e scegliere le disposizioni più confacenti alla pratica dei tribunali e all'uso dei cittadini; apporre a ciascuna costituzione i nomi degli imperatori che le promulgarono, il luogo, il tempo e le persone a cui furono indirizzate, e compendiare tutto in una raccolta di dodici libri. In quattordici mesi l'opera fu mandata ad effetto, ed è probabile che coll'eleggere una commissione di dieci membri e col prescrivere il numero di dodici libri, Giustiniano intendesse imitare i decemviri dell'antica Roma, che composero la legge delle dodici tavole. Colla pubblicazione del Codice Giustinianeo perdettero valore i Codici precedenti, d'onde avvenne che in Oriente si oscurò il Codice di Teodosio; non così però nell'impero di Occidente, dove quest'ultimo continuò ad avere direttamente ed indirettamente molto vigore e a lungo, specialmente nei paesi ove non potè giungere quello di Giustiniano.

[1] La migliore edizione, ma non senza mende, del Codice di Teodosio era finora quella dello Haenel (Bonn 1842); una bellissima edizione recente è quella del Mommsen-Meyer. Pei primi cinque libri occorre ora consultare l'edizione fac-simile dei frammenti torinesi del Krueger (Berlin 1880). Cfr. poi Patetta, nelle *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 1895. — Lo stesso Haenel pubblicò nel 1814 alcune costituzioni di Teodosio, Valentiniano III, Marciano, Maiorano, Severo ed Antonino, posteriori alla collezione di Teodosio; anche queste *Novellae posttheodosianae*, insieme con le *Constitutiones Sirmondinae*, furono ora ripubblicate dal Meyer. Sopra le vicende della compilazione e dell'accettazione del Codice Teodosiano in tutto l'impero, vedi Landucci, *Storia*, I, § 67, pag. 250.

Il Codice di Giustiniano, di cui abbiamo ora parlato, non è pervenuto a noi; ma, come vedremo più sotto, Giustiniano pubblicò nel 534 una nuova edizione corretta ed aumentata del suo Codice (*Codex repetitae praelectionis*), appunto quella seconda edizione che fa parte del *Corpus iuris civilis*, come meglio diremo nel capo IX dedicato alla legislazione giustinianea.

CAPO VII.

Responsi dei giureconsulti [1].

Nei tempi della libera repubblica chiunque godeva fama di sapienza e di dottrina poteva rispondere alle questioni di diritto; cotali responsi non erano soggetti ad alcuna formalità. Le opinioni dei consulenti non avevano in quell' età che un valore dottrinale; ma allorchè divennero la base di numerose sentenze conformi, passarono definitivamente nella pratica e formarono una specie di diritto consuetudinario [2]. In tale qualità i responsi dei giureconsulti servirono di supplemento alla legislazione, e diedero origine ad importanti istituti giuridici, come, per esempio, alla teoria della diseredazione, alla querela d' inofficiosità e ad altri, di cui ragioneremo in luogo opportuno.

La rivoluzione, che annientò la repubblica e condusse al principato di Augusto, operò un grande cambiamento nella condizione dei giureconsulti. L' impero comprese il compito e il vantaggio di sostenere e di elevare la scienza del diritto. Il principe, che era per ufficio l' interprete delle leggi, fece partecipi di tanta autorità alcuni fra i più insigni giuristi, conferendo loro l' *ius publice respondendi*, cioè il diritto di dare responsi con la garanzia di lui: *ex auctoritate eius* [3].

---

[1] Landucci, *Storia*, I, § 26 e seg.; Padelletti-Cogliolo, *Storia*, pag. 417 e seg.: Krueger, *Quellen*, pag. 126 e seg. Vedi anche Fadda, *Di un preteso ius respondendi sotto la repubblica*, nella *Antologia giuridica*, II, 1887, 1-25.

[2] Fr. 2, § 12, D., *de origine iuris*, I, 2.

[3] Fr. 2, § 49, D., *de origine iuris*, I, 2.

Il che vuol dire che i responsi emanati dai giuristi autorizzati dovevano equipararsi a quelli dati dal principe (per mezzo dei rescritti) ed avere pertanto forza obbligatoria per il giudice. Naturalmente questi doveva avere libera scelta nel caso che ambe le parti presentassero responsi contrari di giuristi egualmente patentati. Nelle pratica tuttavia (come dimostrano anche le numerose collezioni di responsi fatte nei primi tempi dell'impero) acquistarono tale autorità anche quei responsi dei giuristi autorizzati, che non fossero stati dati espressamente per la causa in corso, ed anche in questo caso il giudice non osava decidere in contrario, se non avesse avuto l'appoggio di altri responsi di giureconsulti parimente patentati. Questa pratica del foro fu espressamente confermata da un rescritto di Adriano [1]. Col tempo poi l'autorità dei responsi passò e si estese alle opere in generale.

Non si deve dimenticare che i giureconsulti romani furono anche grandi maestri. Sotto l'impero si aprirono persino scuole stabili *(stationes)*, ove il maestro esponeva le varie dottrine o proponeva controversie giuridiche e gli scolari rispondevano.

La fantasia si infiamma ricordando quei geniali convegni in cui giureconsulti immortali, i più insigni che la storia ricordi, insegnavano i segreti d'una legislazione mondiale a discepoli destinati ad uguagliarli e superarli, e l'animo si commuove, quando nei brani dei loro scritti si ammira l'entusiasmo, con cui ricordano e difendono le opinioni dei maestri, o la trepidanza e l'affetto filiale, con cui le combattono.

Nelle scuole, che si formarono, i giureconsulti si succedevano, e due sovratutto rimasero famose, quella dei proculiani, di cui fu capo M. Antistio Labeone, e quella dei sabiniani, iniziata da C. Ateio Capitone.

Sabiniani e Proculiani [2]. — Sino dai primi tempi dell'impero si delinearono in Roma due scuole celebri di giureconsulti:

---

[1] Gai., *Inst.*, 1, 7; § 8, Inst., *de iure nat. gent. et civ.*, I, 2.

[2] Pomponius, fr. 2, § 47 e seg., D., *de orig. iuris*, I, 2; Landucci, *Storia*, I, § 51; Brini, *Delle due sètte dei giurecons. romani*, Bologna, 1890; Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898 e su esso Brugi, in *Archivio giur.*, XVII (nuova serie, III), 164.

per circa due secoli si ricordarono le idee dell' una e dell' altra, spesso contradittorie: e fino in tempi relativamente lontani, nelle opere classiche, si invocarono a vicenda per sostenere opposte sentenze; anzi sul tardi gli imperatori, sovratutto Giustiniano, ad evitare soverchi litigi, trovarono opportuno di dichiararsi per una di esse e togliere ogni peso alla contraria.

Proculiani	Sabiniani
1. M. Antistius Labeo	1. Ateius Capito
2. Nerva pater	2. Massurius Sabinus
3. Proculus	3. Cassius
4. Nerva filius	4. Caelius Sabinus
5. Pegasus	5. Javolenus
6. Celsus pater	6. Valens
7. Celsus filius	7. Julianus
8. Neratius	8. Pomponius
	9. Gaius

Ecco l' elenco dei più illustri giureconsulti in ordine cronologico [1]:

Sextus Aelius Paetus, detto *Catus* (accorto), edile nel 554 console nel 556, censore nel 561, scrisse la più antica opera sistematica, *tripertita*, e completò la raccolta di Gneo Flavio onde la sua aggiunta fu detta *ius Aelianum*.

Q. Mucius Scaevola, figlio di Publio, tribuno nel 648, edile nel 650, console nel 659, proconsole d'Asia, pontefice massimo, scrisse il primo trattato completo di diritto civile [2], che fu ritenuto opera fondamentale. Cicerone ne trasse gli esempi giuridici per la Topica. Servio Sulpicio la commentò; più tardi vi scrissero opere di lunga lena Lelio Felice, Gaio Pomponio

[1] Pomponius, fr. 2, § 38 e seg., D., *de orig. iur.*, I, 2; Landucci, §§ 55-60.

[2] Fr. 2, § 41, D., *de orig. iur.*, (Pomponius, *Libro singulari enchiridii*): *Post hos* Quintus Mucius, *Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo.* § 42: *Mucii auditores fuerunt complures, sed praecipue auctoritatis Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Gaius Juventius* . . .

e Modestino; e Cecilio Africano ne seguì il disegno nelle sue *quaestiones* [1].

C. Aquilius Gallus, pretore nel 688 insieme con Cicerone che ne scrisse grandi elogi e lo dipinse pronto ed acuto consulente. La sua fama riposa presso ai posteri sovratutto sulla introduzione di un' azione generale contro il dolo *(actio doli)* e sulla creazione di due formule: l' una *(stipulatio Aquiliana)* per trasformare in stipulazione i rapporti obbligatorii esistenti fra due parti ed applicarvi quindi l' accettilazione generale: la seconda per estendere ai nipoti la sostituzione pupillare pel caso della premorienza del figlio [2].

Servius Sulpicius Rufus, pretore nel 692, console nel 703, fu oratore e filosofo, perito delle etimologie e delle antichità, poeta e prosatore elegante, dialettico e critico valentissimo. Scrisse circa 180 libri, cioè sull' editto, sulle dodici tavole, sulla dote, *de sacris detestandis* ed altri. Le opere dei suoi discepoli, ad eccezione di quelle di Alfeno e di Ofilio, furono raccolte da Aufidio Namusa in un' opera di 140 libri [3].

Aulus Ofilius pare che raccogliesse nei suoi scritti tutta la scienza giuridica. Pomponio (l. c., § 44) così parla di lui: *Is fuit Caesari familiarissimus et libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit: nam de legibus vicensimae primus conscribit: de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit.*

C. Ateius Capito, console nel 758, fu, secondo la tradizione, oggidì assai combattuta, il primo fondatore della scuola dei Sabiniani, così chiamata da Massurio Sabino. Come giureconsulto lo lodano gli scrittori, ma è dubbio se si riferiscano a lui le citazioni *Ateius* in Labeone, che da Pomponio è descritto suo diretto avversario qual caposcuola, nella politica, nella scienza e nel carattere [4]. Dei suoi scritti si ricordano con certezza questi titoli: *coniectanea*, almeno in nove libri, *de iure pontificio*, almeno in sei libri.

[1] Vedi Landucci, *Storia*, I, § 55, pag. 180.
[2] Vedi il vol. II, §§ 126 188; Landucci, *Storia*, § 55, pag. 181.
[3] Pomponius, fr. 2, § 43, D., *de orig. iur.*, I, 2.
[4] Vedi la nota seguente.

M. Antistius Labeo fu, se crediamo qui pure alla tradizione, il primo fondatore della scuola dei Proculiani [1]; lasciò profonda traccia nello svolgimento storico del diritto civile. Era sua abitudine d'insegnare a Roma sei mesi dell'anno e di ritirarsi negli altri in campagna a scrivere libri di diritto; onde lasciò intorno a 400 volumi (*libri posteriorum, probabilium, commentarii ad legem XII tabularum, libri ad edictum praetoris urbani et peregrini, libri epistularum, libri responsorum, commentarii de iure pontificio*). Ebbe larga cultura filosofica, attitudine speculativa, fine dialettica, principii stoici [2]. Visse sotto l'impero di Augusto e morì prima del suo rivale, Capitone, cioè prima dell'anno 775 di Roma.

Massurius Sabinus, da cui prese nome la scuola dei sabiniani, ebbe l'*ius respondendi* da Tiberio e viveva ancora ai tempi di Nerone [3]. Della sua opera massima (*libri tre iuris civilis*) fecero tre grandi commenti Pomponio, Ulpiano e Paolo, dei quali un gran numero di estratti è nei Digesti; quei tre commenti, detti libri sabiniani, furono anzi il perno d'una delle tre grandi masse d'opere, onde furono compilate le Pandette, dette appunto massa sabinianea. Altre opere di Sabino sono: *libri responsorum, libri ad edictum praetoris urbani, libri ad Vitellium, libri memorabilium, commentarii de indigenis, liber assessorum*. Sabino è citato in circa 200 passi delle Pandette, in uno del Codice e in due delle Istituzioni.

C. Cassius Longinus, console nell'anno 30 dopo Cristo, luogotenente di Siria, succedette a Sabino nella scuola che da lui fu pur detta cassiana. Come giurista godè gran fama: scrisse note a Vitellio e forse ad Urseio Feroce e *libri iuris civilis* (almeno dieci), sui quali Giavoleno compose un'opera in quindici libri, dalla quale passarono 69 frammenti nelle Pandette. Vi è citato 143 volte.

Proculus, da cui ebbe il nome la scuola proculiana. Ne risulta che dovette aver molto grido. Secondo Pomponio fu il più emi-

---

[1] Fr. 2, § 47, D., *de orig. iur.*, I, 2.

[2] Pernice, *Labeo*. Halle 1872-1892; Landucci, *Storia*, 1, § 56.

[3] Pomponius, fr. 2, §§ 48-50. D., *de orig. iur.*, I, 2; Gai., II, 218.

nente nella scuola di Labeone [1]. Fiorì verso la metà del primo secolo di Cristo; lasciò undici libri di epistole e delle note alle opere di Labeone. Nelle Pandette è citato 45 volte.

P. Juventius Celsus, figlio del giureconsulto Juventius Celsus, al quale succedette nella scuola proculiana; fu pretore nell'anno 101, console per la seconda volta nel 129 dell'êra volgare e nel consiglio di Adriano. Scrisse molte opere, tra le quali trentanove libri *Digestorum*, sette libri *commentariorum*, undici libri *epistularum*, diciannove libri *quaestionum*. Da lui trasse il nome il senatoconsulto Giovenziano [2]. È celebre la *responsio Celsina*, divenuta sinonimo di risposta insolente, alla domanda proposta da Domizio Labeone o *Domitiana*, che nella tradizione scolastica del medio evo equivaleva a sciocca [3].

Sextus Pomponius si occupò in modo esclusivo dell'insegnamento e delle pubblicazioni legali, delle quali passarono 585 frammenti nelle Pandette. Oltre il famoso *enchiridium*, da cui è tratto il fr. 2, Dig., *de origine iuris*, che contiene, per quanto imperfetta e per giunta guasta, una vera storia del diritto romano, scrisse: *ad Quintum Mucium* (trentanove libri), *ad Sabinum* (trentacinque libri), *epistularum* (venti libri), *variarum lectionum* (quindici libri), *ex Plautio* (sette libri), *fideicommissorum* (cinque libri), *senatusconsultorum* (cinque libri), due libri *enchiridii* e un lunghissimo commentario *ad Edictum*. Scrisse regnando Adriano e sopravvisse ad Antonino Pio.

L. Neratius Priscus, console sotto Traiano, autore di opere importanti, delle quali si ricordano: *regularum libri quindecim, membranarum libri septem, responsorum libri tres, epistularum libri quattuor*, un'opera *ad Plautium* ed una *de nuptiis*. Di queste sue opere sono riportati 64 frammenti nelle Pandette: inoltre vi è citato 128 volte.

L. Javolenus Priscus, consigliere di Antonino Pio, scrisse

---

[1] Pomponius, fr. 2, § 52, D., *de orig. iur.*, I, 2.

[2] Vedi più innanzi il vol. II, § 262.

[3] Celsus, fr. 27, D., *Qui testam. facere possunt*, XXVIII, 1. Vedi Hofmann, *Quaestio domitiana*, nei *Kritische studien in röm. Rechte*. Wien 1885, pag. 39-54.

quindici libri *ex Cassio*, quattordici libri *epistularum*, un' opera *ad Plautium*, *libri posteriorum Labeonis a Javoleno epitomatorum*, *libri ex posterioribus Labeonibus*; delle quali opere esistono oltre duecento estratti nelle Pandette.

SALVIUS JULIANUS, pretore, console, prefetto della città, consigliere di Adriano, di Antonino Pio e dei divi fratelli: scrisse novanta *libri Digestorum*, dei quali 376 frammenti furono accolti nelle Pandette, è dette assetto definitivo all' editto del pretore [1]. Ora è ritenuto come il più grande giureconsulto romano [2].

GAIUS tra Antonino Pio e Commodo. Oltre le preziose Istituzioni scrisse: *libri ex Q. Mucio*, *ad edictum praetoris urbani*, *ad edictum provinciale* (trentadue libri), *rerum cottidianarum* (sette libri) [3], *de verborum obligationibus*, *de manumissionibus*, *de re uxoria*, *de fideicommissis*, *de formula hypothecaria*, *de casibus*, tre libri *regularum*, sei libri *ad legem duodecim tabularum*, quindici libri *ad legem Juliam et Papiam*, *ad legem Gliciam*, *ad Sc. Orphitianum*, *ad Sc. Tertullianum*. Di queste opere si trovano 535 frammenti nelle Pandette. È l' ultimo fra i giureconsulti celebri che rappresenta l' opposizione di scuole [4].

La sua opera più diffusa (*Institutiones*) fu scritta per la scuola ed accettata ovunque, specie in Oriente. Giustiniano non seppe far di meglio per gli studenti che riprodurla in massima parte adattandola ai tempi.

L. ULPIUS MARCELLUS, consigliere di Antonino Pio e di Marco Aurelio, autore d' importanti opere, fra le quali i *Digesta* in trentun libri: di esse sono passati 159 frammenti nelle Pandette.

Q. CERVIDIVS SCAEVOLA appartenne al consiglio dei *divi fratres*, fu maestro di Settimio Severo, di Papiniano, di Trifo-

---

[1] Sulla composizione dell' *Editto perpetuo*, vedi più sopra.

[2] Vedi BUHL, *Salvius Julianus*, vol. I, Heidelberg 1886, e su esso FERRINI, in *Archivio giuridico*, XXXVII, 324-335.

[3] O tre libri soltanto? Vedi per quest' ultima congettura MOMMSEN, *Collectio*, 5, I, p. LXV e seg.

[4] HERZEN, *Die Identität des Gaius*, nella *Zeitschr. Sav.-St.*, XX, 211-229; GRUPE, *Die gaianischen Institutionenfragmente in Justinians Digesten*, nella *Zeitschr. Sav.-St.*, XIX, 319; GRUPE, *Zur Sprache der gaianischen Digestenstellen*, nella *Zeitschr. Sav.-St.*, XVII, 311-323; XVIII, 213-226.

Paolo. Scrisse 40 libri *digestorum*, sei libri *responsorum*, venti libri *quaestionum*, e quattro libri *regularum*. Di queste sue opere esistono 307 estratti nelle Pandette.

Aelius Marcianus scrisse varie opere ai tempi di Caracalla. Fra queste furono particolarmente tenute in pregio le sue istituzioni in sedici libri, che servirono con quelle di Florentinus ai compilatori delle Istituzioni di Giustiniano per quelle parti che erano mancanti nell' opera di Gaio.

Aemilius Papinianus, prefetto del pretorio sotto Settimio Severo, fu il più grande forse tra i giureconsulti pratici. Di lui esistono 595 frammenti nelle Pandette, tratti specialmente dalle sue questioni, responsi e definizioni: inoltre vi è citato 153 volte. Una tradizione, accolta quasi universalmente, asserisce che, invitato da Caracalla a difendere dinanzi al senato ed al popolo l' uccisione di Geta, rispondesse essere più facile commettere i fratricidii che giustificarli e che la loro difesa equivarrebbe a ripetere pari delitto. Morì il 212 d. C. [1].

Domitius Ulpianus, assessore di Papiniano, prefetto del pretorio sotto Alessandro Severo, riassunse con fecondità meravigliosa i resultati dello studio secolare precedente e fu primo contributore delle Pandette, che per un terzo furono ricavate dai suoi scritti. Le sue opere principali sono: ottantatre libri *ad edictum*, cinquantun libri *ad Sabinum*, dieci libri *disputationum*, sei libri *opinionum*, sette libri *regularum* [2], dieci libri *pandectarum*, sei libri *fideicommissorum*, *notae ad Marcellum*, *ad Papinianum*, venti libri *ad legem Juliam et Papiam*. Lo stile di Ulpiano è facile e scorrevole, ma è minore il pregio della sostanza. Troppo severamente, sebbene con giusti criteri, fu giudicato dal Pernice [3]. La sua riputazione di giureconsulto fu immensa e delle sue opere passarono 2642 frammenti nelle Pandette di Giustiniano, e ciò perchè i compilatori vi trovarono riprodotta e

---

[1] Vedi E. Costa, *Papiniano, Studio di storia del diritto romano*, Bologna 1895-1899.

[2] Nei quali fece uso delle *Istituzioni* di Gaio. Vedi Grupe, *Gaius u. Ulpianus*, nella *Zeitschr. Sav.-Stift.*, XX, 90-98.

[3] *Ulpian als Schriftsteller*, Berlin 1885.

riassunta la letteratura dei secoli anteriori. Morì, a quanto pare, l'anno 225 dell'êra volgare.

Julius Paulus, consigliere di Settimio Severo, assessore di Papiniano, prefetto del pretorio sotto Alessandro Severo, fu l'autore più fecondo fra i classici giureconsulti romani, ma piuttosto conciso ed alquanto difficile. Delle molte sue opere passarono 2080 frammenti nei digesti. Le principali sono: ottanta libri *ad edictum*, diciotto libri *ad Plautium*, quattro libri *ad Neratium*, diciassette libri *ad Sabinum*, *ad Vitellium*, *notae ad Scaevolam*, *ad Julianum*, *ad Papinianum*, dieci libri *ad legem Juliam et Papiam*, ventisei libri *quaestionum*, ventitre libri *responsorum* e *libri quinque sententiarum*. Quest'ultima che fu l'opera sua più popolare, è pervenuta, almeno in parte, sino a noi.

Herennius Modestinus, prefetto dei vigili nel 244 dopo Cristo, fu l'ultimo per valore e per tempo dei grandi giureconsulti romani; scrisse molte opere, fra cui principali le Pandette in dodici libri ed i responsi in diciannove; 344 frammenti ne furono accolti nelle Pandette giustinianee. Nelle sue opere è già manifesta la decadenza.

L'opera dei giureconsulti fu verbale e scritta; prevalse la prima fino ad Augusto, la seconda (e ben presto rimase sola) da Augusto in poi. Colla prima, riferiamo le parole del Landucci [1], dettero consigli, guidarono le parti, ammaestrarono gli allievi; con la seconda ordinarono in modo o elementare o minuzioso o profondo o sintetico i principii svariati del diritto e giunsero a meravigliosa altezza scientifica; dal lato astratto non spesero troppa cura a formulare massime e definizioni, ma avvertirono con occhio acuto tutti gli elementi dei singoli casi e le norme giuridiche di stretto diritto e di equità loro relative, e le coordinarono in modo mirabile.

I loro scritti sono condotti in modo svariatissimo. Alcuni hanno forma piana, elementare (*institutiones*, *enchiridia*, *definitiones*, ecc.), altri sono concisi e profondi (*libri iuris civilis*), alcuni trattano di tutto il diritto o d'una gran parte, altri di singoli istituti (*de dotibus*, *de fideicommissis*, ecc.), alcuni com-

[1] *Storia*, 1, § 54.

mentano fonti generali, come le dodici tavole e l'editto, altri fonti speciali (*ad legem Iuliam et Papiam, ad legem Falcidiam, ad Sc. Macedonianum*, ecc.), alcuni sono diretti all'insegnamento (*institutiones, regulae, disputationes, quaestiones*, ecc.), altri alla pratica (*responsa, epistulae*), alcuni trattano di singoli uffici pubblici (*de officio proconsulis, de officio praesidis*, ecc.), alcuni sono originali, altri commentano scritti di precedenti giureconsulti [1].

La lingua e lo stile sonò eleganti ed efficaci, ed è meraviglioso, che fin nel terzo secolo di Cristo, in mezzo alla spaventevole decadenza del latino, conservassero traccie della forma leggiadra e del classico sapore dell'aureo secolo d'Augusto [2].

DECADENZA DELLA SCIENZA DEL DIRITTO.

La facoltà di rispondere ufficialmente alle questioni di diritto che da Augusto ad Alessandro Severo aveva costituito una delle funzioni più nobili e di maggior momento dei romani giureconsulti, non potè durare più a lungo. Imperocchè, venute meno le condizioni che avevano tenuta alta la scienza del diritto in Roma l'autorità dei giureconsulti dovè necessariamente scemare e col tempo divenne pressochè nulla. L'autorità ch'essi godevano passò insensibilmente nelle mani del principe, conformemente allo spirito del dispotismo che aveva invaso tutte le istituzioni. Era naturale che stabilita la monarchia assoluta spettasse alla potestà imperiale non solamente creare la legge, ma anche interpretarla [3]. E così all'interpretazione scientifica si sostituiscono i pareri imperiali, consegnati specialmente nei rescritti, il cui numero diviene perciò da Diocleziano in poi tanto grande. Per tal modo, mentre la forza della scienza giuridica si esauriva, e la decadenza scientifica incominciava, il deperimento della giurisprudenza accrebbe la venerazione per gli scritti dei giureconsulti dei tempi prece-

[1] Una enumerazione completa è nel KRUEGER. *Quellen*, § 8, § 18 e segg. e nel LANDUCCI, *Storia*, I, § 54 e seg.

[2] Vedi il KALB, *Roms Juristen nach ihre Sprache dargestellt*. Leipzig 1890, e le altre autorità citate dal LANDUCCI, *Storia*, I, § 51, nota 23.

[3] JUSTINIANUS, c. 12, § 5, C., *de legibus et constit.*, 1, 14: *...tam conditor quam interpres legum, solus imperator iuste existimabitur.*

lenti. Ciò è consentaneo alla natura delle cose: un popolo che manca di celebrità viventi si pasce con maggiore avidità delle glorie del passato. Così fu pure di quei tempi. Invano cercavano i giudici l'appoggio dei giureconsulti contemporanei che sciogliessero le difficoltà ognora crescenti e fissassero in qualche modo la pubblica opinione: non rimase altro espediente che di ricorrere alle opere dei giureconsulti antichi e di attenersi alle loro decisioni. Ma essendo troppo numerose e talvolta discordanti le opere dei giureconsulti classici, e mancando giureconsulti viventi che sciogliessero i dubbi ed eliminassero le contraddizioni, i giudici non erano più capaci di dominare la farraggine di quelle opere, e molto meno poi di pesare ed apprezzare i motivi delle decisioni, che ciecamente adottavano nei loro giudicati. L'astensione da ogni esame personale e razionale divenne generale; ne risultò una vera manìa di citare e di allegare le opinioni contenute nelle opere dei giureconsulti, senza averle ponderate e ben intese. Questo metodo deplorabile, che ormai era diventato l'unico nella pratica del diritto, indusse l'imperatore Teodosio II ad emanare un'apposita legge per determinare l'uso delle opere dei giureconsulti.

LEGGE DELLE CITAZIONI.

Nell'anno 426 Teodosio II emanò quella celebre costituzione, che suolsi impropriamente chiamare *legge delle citazioni*, con cui egli restrinse al numero di cinque le autorità dottrinali, a cui dovevano ricorrere i giudici nell'applicazione delle leggi. Le opere dichiarate autorevoli mediante quella costituzione di Teodosio sono quelle dei giuristi, che si ritenevano i cinque luminari della scienza del diritto, cioè di Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino: e siccome nelle opere di quei cinque sommi giureconsulti poteva esservi discrepanza di opinioni su molti punti importanti, venne deciso che si dovesse abbracciare la sentenza del maggior numero, ed a parità di voti preferire quella di Papiniano [1]. Come si vede Teodosio aveva istituito un collegio di morti presieduto da Papiniano. Nel caso poi che una questione

[1] C. 3, Cod. Theodos., *de respons. prud.*, I, 4.

non fosse stata esaminata da Papiniano nelle sue opere, e fra gli altri quattro giureconsulti esistesse parità di voti, il giudice poteva scegliere quell'opinione che gli pareva più giusta.

Questa disposizione di Teodosio non fece che rendere più vacillante ed arbitraria la giurisprudenza; poichè in luogo di un esame ragionato delle opinioni differenti, che dapprima era ancor possibile, il giudice era per così dire costretto a contare macchinalmente i voti. D'altro canto, la legge delle citazioni commetteva una vera ingiustizia verso gli altri giureconsulti, che erano fioriti nel periodo classico della giurisprudenza, e che avevano così potentemente contribuito all'avanzamento della scienza del diritto.

Del resto, come vedremo nel cap. IX, tale legge non fu senza influenza sulle compilazioni giustinianee.

AVANZI DELLA LETTERATURA GIURIDICA DEI ROMANI.

Le più importanti opere giuridiche che sono pervenute sino a noi sono le seguenti:

1° GAII. *Institutionum commentarii quattuor.* — Il manoscritto di quest'opera preziosa, scoperto dal Niebuhr nel 1816 in un palinsesto della Biblioteca capitolare di Verona, venne per la prima volta pubblicato nel 1820 dal Göschen. Delle edizioni posteriori meritano un cenno speciale quella del Lachmann nel 1842, quella del Böcking nel 1866, quella dello Huschke nel 1867 e soprattutto quelle, sull'ultima revisione del manoscritto fatta nel 1874 dallo Studemund, pubblicate dallo Studemund stesso insieme al Krüger [1], dal Muirhead, dal Dubois, da Abdy e Walker, dallo Huschke [2], da Teodoro Dydynski, dal Mispoulet e dal Girard [3].

---

[1] *Gaii Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum iterum ediderunt* PAULUS KRUEGER et GUILELMUS STUDEMUND. Berolini, 4ª ed., 1894. Forma il 1° volume della *Collectio librorum iuris anteiustiniani.*

[2] *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt.* Quinta editio, pag. 148-410. Lipsiae 1886.

[3] *Textes de droit romain,* 4ª edit., Paris 1913.

Col confronto di quelle di Giustiniano le Istituzioni di Gaio furono edite dallo Gneist [1], dal Polenaar [2], e dal Cogliolo [3].

Le Istituzioni di Gaio, che servirono di modello a quelle di Giustiniano, e che formano continuamente il tema di pregevoli lavori scientifici, contengono una chiara e succinta esposizione di tutto il diritto romano privato quale vigeva ai tempi di Antonino Pio e Marco Aurelio, e sono indispensabili per la retta intelligenza delle Istituzioni giustinianee e per lo studio della storia del diritto romano.

2° ULPIANI, *Liber singularis regularum* [4]. — È una esposizione chiara, precisa e succinta dei principii fondamentali del diritto romano vigente ai tempi di Caracalla. Le migliori edizioni sono quelle del Krueger [5], del Boecking [6], del Vahlen [7], dello Huschke [8], dello Gneist [9], del Muirhead [10], del Mispoulet e del Girard [11].

Dello stesso Ulpiano esistono alcuni frammenti tolti dai suoi *libri II Institutionum* e si conoscono sotto il nome di *Ulpiani Institutionum fragmenta vindobonensia* perchè scoperti nella Biblioteca palatina di Vienna. La migliore edizione è quella del Krueger [12], riprodotta nelle citate raccolte dello Huschke, del Mispoulet e del Girard.

3° PAULI, *Libri quinque sententiarum ad filium.* — Questa è la sola opera di Giulio Paolo, che, almeno in parte, sia per-

---

[1] *Institutionum et regularum iuris romani syntagma.* Altera editio, Lipsiae 1886.

[2] *Syntagma Institutionum novum,* Ludguni Batav. 1876.

[3] *Manuale delle fonti del diritto romano,* parte I.

[4] Fu pubblicato per la prima volta da TILIUS (Dutillet) nel 1549 da un manoscritto del X secolo, che smarrito, fu ritrovato dal Savigny nella Biblioteca Vaticana col titolo: *Tituli ex corpore Ulpiani.*

[5] *Collectio lib. iur. anteiust.,* tom II, Berolini.

[6] *Ulpiani fragmenta,* edit. IV, Lipsiae 1855.

[7] *Domitii Ulpiani e libro regularum sing. excerpta,* 1856.

[8] *Iurisprudentiae anteiust. quae supersunt,* 5ª ediz., pag. 568, Lipsiae 1888.

[9] *Syntagma* cit., 2ª ediz., Lipsiae 1880.

[10] *The Inst. of Gaius and Rules of Ulpian,* Edim, 1880.

[11] *Textes de droit romain,* 4e édition.

[12] *Collectio,* pag. 157. Vedi anche il BREMER, *De Domitii Ulpiani institutionibus,* 1863.

venuta sino a noi. Il più ampio estratto ci è stato conservato nel Breviario di Alarico (*lex romana Visigothorum*); ma altri passi ne abbiamo nelle Pandette Giustinianee, nei frammenti Vaticani, nelle appendici alla legge romana dei Visigoti e nella legge romana dei Burgundi. Le sentenze di Paolo, come quelle che contengono le massime accettate di tutto il diritto romano per l'uso pratico, godettero di una autorità illimitata. Come riassunto del diritto antico, della classica elaborazione e delle novità imperiali, divennero il *cade mecum* de' bassi tempi dell'impero ed esercitarono la più alta influenza. La migliore edizione è del Krueger (*Collectio*. II, 46) seguita dallo Gneist, dal Mispoulet e dal Girard [1].

4° *Consultatio veteris cuiusdam Jurisconsulti*. — Sono responsi di un giureconsulto a quesiti propostigli da un avvocato sopra varii casi legali. L'importanza principale di detti consulti consiste in ciò che il consulente appoggia la sua opinione sopra fonti testuali riportate per esteso e tratto dalle sentenze di Paolo e dalle collezioni delle costituzioni imperiali. La prima edizione è del Cuiacio nell'anno 1577, le ultime sono quelle del Puggè, dello Huschke, del Krueger (*Collectio*. III, 203) seguita dal Mispoulet e dal Girard.

5° *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, chiamata anche *Lex Dei* dalle parole iniziali del manoscritto. È un confronto delle Leggi romane colle leggi mosaiche, fatto mediante passi estratti dal Pentateuco e dalle opere di alcuni giureconsulti romani. Vi si trova fatto uso delle Istituzioni di Gaio, de' *libri differentiarum* di Modestino, di diversi scritti di Papiniano e di Paolo, e di costituzioni imperiali, di cui le più antiche sono mutuate ai Codici Gregoriano ed Ermogeniano, le altre al Codice di Teodosio. La prima edizione è del Pithou, 1573, l'ultima è quella del Mommsen (*Collectio*. III, 136) seguìta anche dal Girard [2].

6° *Fragmenta Vaticana*, scoperti nel 1820 da Angelo Mai in un palinsesto della Biblioteca del Vaticano e pubblicati dal me-

[1] Nelle rispettive raccolte. Vedi pure Huschke, *loc. cit.*, pag. 450.

[2] *Textes*, 1ª ediz., pag. 569. Vedi anche Mispoulet, pag. 699, e Huschke, pag. 647.

desimo nel 1823 sotto il titolo di *Juris civilis anteiustinianei reliquiae ineditae*. Sono frammenti importantissimi tratti dai responsi e dalle questioni di Papiniano, da varii scritti di Ulpiano e di Paolo e da alcune costituzioni imperiali. La migliore edizione è del Mommsen [1].

7° PAPINIANI. *Responsorum fragmenta Berolinensia et Parisiensia*. — Trovati in Egitto in un manoscritto del quarto o quinto secolo furono trasportati in parte a Berlino nel 1877 ed in parte a Parigi nel 1882. I frammenti parigini appartengono al libro nono dei responsi di Papiniano e trattano delle manomissioni; quelli berlinesi appartengono al libro quinto e trattano della tutela. Questi ultimi furono editi dal Krueger nel 1879; i primi dal Dareste nel 1883: sì gli uni che gli altri si trovano nella *Collectio*. III. 287, nel Mispoulet, pag. 655, nello Huschke, pag. 436, nel Girard, pag. 371 e nel Costa (*Papiniano*, I, pag. 132). In ambedue i frammenti, dopo alcuni responsi, sono incastrate note di Paolo e di Ulpiano ed ai lati si trovano degli scolii greci [2].

8° *Fragmentum regularum incerti auctoris interpretamentis Dosithei insertum*. Premessi alcuni cenni sulla divisione del diritto (*ius civile, naturale, gentium*), sulle fonti del diritto e sulla distinzione di ingenui e liberti, tratta abbastanza diffusamente delle manomissioni; motivo per cui suolsi citare *Fragmentum de manumissionibus* o anche *Dositheus de manumissionibus*. Si trova nella *Collectio*. II. 163 e nelle altre raccolte superiormente citate (Girard, 4ª ed., pag. 430).

9° *Fragmenta de iure fisci*. — Furono scoperti a Verona nel 1816 insieme con le Istituzioni di Gaio e versano sul diritto fiscale. La migliore edizione è del Krueger (1868) riprodotta nella *Collectio*. II. 163 e nelle raccolte dello Huschke, pag. 633, del Mispoulet, pag. 685 e del Girard, pag. 424.

[1] *Collectio*, III. 20; HUSCHKE, pag. 688; MISPOULET, pag. 759; GIRARD, 2ª ediz., pag. 435.

[2] Vedi L'ALIBRANDI, *Studi e doc. di storia e diritto*, anno IV, 1883, pag. 125; ESMEIN, nella *Nouv. Revue hist...* 1883, pag. 479; SCIALOJA, nella *Cultura*, 1883, pag. 101; LANDUCCI, *Storia*, I, pag. 234.

10° *Fragmenta interpretationis Gaii Institutionum Augustodunensia.* — Furono scoperti nel 1898 dallo Chatelain in un palinsesto della Biblioteca del seminario di Autun, e contengono un commento per uso scolastico delle istituzioni gaiane, fatto, senza adeguata preparazione, da un insegnante, probabilmente intorno al secolo IV di Cristo. Le migliori edizioni sono quella dello Scialoja e del Ferrini (nel *Bull. dell'ist. di diritto romano* XIII, pag. 5 e seguenti) e quella del Krueger (nella *Collectio*, I, pag. XL-LXIX).

Tutti gli scritti giuridici ora accennati si trovano nella « *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum ediderunt* Paulus Krueger, Theodorus Mommsen, Guilelmus Studemund (Berolini, apud Weidmannos 1878-1900) [1] ». Di recente ritrovamento sono invece i:

11° *Fragmenta ex Ulpiani disputationibus.* — Scoperti nella Biblioteca di Strasburgo, furono pubblicati dal Lenel nei *Sitzungsberichte der Berliner Akademie*, 1904, pag. 1156 e seg. e nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, XXIV, pag. 416 e seg. e XXV, pag. 368 e seg. [2].

CAPO VIII.

Collezioni delle leggi romane fatte dai barbari [3].

I barbari che fondarono nuovi regni sulle rovine dell'impero romano non distrussero il diritto dei vinti, ma lo rispettarono e ne fecero delle raccolte.

[1] Su questi e su altri avanzi, di cui taluni recentemente scoperti, di antiche opere giuridiche, consulta LANDUCCI, *Storia*, § 61, pag. 227 e seg., e le raccolte più volte citate dello HUSCHKE, del MISPOULET e del GIRARD. Vedi pure il BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*. Pars prior, *Liberae rei publicae iurisconsulti*, Lipsiae 1896.

[2] Altri minori frammenti, de' quali alcuni scoperti di recente, si trovano in GIRARD, *Textes* (4ª ed.) - II parte da pag. 213 a 713.

[3] Vedi SCHUPFER, *Storia del diritto it.*, 3ª ed., Città di Castello (ediz. Lapi).

La più importante di queste raccolte è la *Lex romana Visigothorum*, chiamata anche Breviario di Alarico dal nome del re che la fece redigere. Come risulta dall'atto di pubblicazione, avvenuta nell'anno 506, lo scopo che si propose Alarico II con questa sua raccolta fu di togliere le difficoltà ed incertezze col diritto romano e di riunire in un sol corpo le fonti del diritto allora vigente, cioè le leggi imperiali *(leges)* e gli scritti dei giureconsulti *(ius)*. Fra le leggi inserite nel Breviario figurano molte costituzioni imperiali tolte dai Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e le costituzioni posteriori dello stesso Teodosio, di Valentiniano, Marciano, Maggiorano e Severo. Degli scritti dei giureconsulti *(ius)* sono state inserite nel Breviario, non però nella loro purezza ed originalità, ma sfigurate e mutilate, le Istituzioni di Gaio, le *sententiae receptae* di Paolo e un responso di Papiniano. Tanto l'epitome di Gaio, quanto la interpretazione del Codice Teodosiano e delle sentenze di Paolo erano già state (come risultò dalle ricerche del Fitting) composte circa mezzo secolo prima di venire incorporate nel Breviario (Ediz. Haenel. Lipsiae 1849).

Il Breviario di Alarico si diffuse anche fuori del regno dei Visigoti, e avrebbe acquistata un'importanza ancora maggiore se non fosse sopravvenuta più tardi la compilazione giustinianea. Infatti la *Lex romana* dei Visigoti fu fino al secolo undecimo la legge scritta dei popoli della Francia del sud e della Germania meridionale, e si trovò in occidente a contrasto colle collezioni giustinianee, di fronte alle quali dovè cedere il campo, e sparire quando per il benefico influsso della scuola di Bologna il diritto giustinianeo divenne la legge universale.

Un'altra raccolta di leggi romane fatta dai barbari è la *Lex romana Burgundionum* chiamata eziandio *Papianus*. Essa venne pubblicata fra il 517 e il 534 sul modello della legge romana dei Visigoti. Il Papiano è di molto inferiore al Breviario Alariciano.

Una terza raccolta delle leggi romane fatta dai barbari è l'*Edictum Theodorici* ossia la legge romana degli Ostrogoti, emanata verso il 500 o il 512. Le fonti usate nella compilazione dell'editto di Teodorico sono tutte romane. In esso, come nelle due raccolte precedenti, si trovano solo le due classi di fonti giuri-

che in vigore da lungo tempo, cioè le leggi imperiali e gli scritti dei classici giureconsulti, ma in una forma del tutto alterata. Ciò che distingue l'editto di Teodorico dalle raccolte precedenti dei Visigoti e dei Burgundi si è che quello reggeva tanto i vincitori che i vinti, cioè tanto gli Ostrogoti che i Romani soggetti a questo regno, mentre presso i Visigoti, i Burgundi e gli altri popoli germanici vigeva il sistema personale, in base al quale ognuno seguiva la legge della propria nazione. Quest'eccezione, unica al sistema dei diritti personali, entrava nel disegno di Teodorico, che si reputava legittimo rappresentante dell'impero romano e che dei due popoli voleva formare una sola nazione, parificando gli Ostrogoti ai Romani in tutto fuorchè nel diritto di portare le armi, che fu riservato esclusivamente a quelli.

CAPO IX.

Sommario storico della legislazione di Giustiniano.

Giustiniano, imperatore bizantino dal 527 al 565, usò del potere legislativo, ormai riservato ai soli principi per togliere ogni autorità diretta alle fonti legislative anteriori. Spogliando le molte migliaia di volumi, in cui si contenevano le leggi e le opere dei giureconsulti di dieci secoli, egli tentò di fondere quell'infinita varietà di leggi e di opinioni legali con alcuni elementi nuovi in una estesa compilazione. Quest'opera vastissima, che i moderni sogliono chiamare col nome *Corpus iuris civilis*, è di tutti i monumenti romani il solo che abbracci il complesso delle materie giuridiche. La compilazione di Giustiniano, oltre ad essere l'ultima espressione della giurisprudenza romana, ci si presenta come immagine vivente del diritto classico. È appunto questo diritto classico che importa studiare; ciò diventa possibile coll'aiuto dei pochi avanzi della letteratura giuridica romana e soprattutto mediante lo studio delle Pandette, che, come vedremo, sono una raccolta di molte migliaia di frammenti tolti dalle opere dei principali giureconsulti romani.

La compilazione di Giustiniano comprende quattro opere distinte, cioè le Istituzioni, le Pandette o Digesti, il Codice e le Novelle; ma ciò che costituisce la sua opera capitale sono le Pandette e il Codice. Per comprender bene il pensiero che ispirò la concezione di queste due opere, cioè le Pandette e il Codice, conviene esaminare quali fossero gli elementi del diritto ancora in vigore al tempo in cui Giustiniano salì al trono, cioè quali fossero le fonti a cui dovevano ricorrere i giudici per applicare la legge. Come abbiamo già notato altrove, le regole giuridiche erano sparse in primo luogo nella immensa moltitudine delle costituzioni imperiali da Adriano sino a Giustiniano, ed in secondo luogo nelle molte migliaia di volumi degli scritti dei giureconsulti. Le costituzioni imperiali, come si ebbe ad osservare, formavano le *leges*, e gli scritti dei giureconsulti formavano l'*ius* propriamente detto: queste erano le uniche due fonti del diritto allora in vigore, dappoichè le leggi del popolo, i plebisciti, i senatoconsulti, e gli editti dei magistrati si erano fusi in quelle fonti. I prodotti poi di queste diverse fonti non si studiavano ormai direttamente, tanto più che di sovente n'era andato perduto l'originale, ed era assai difficile trovare i libri in cui si contenevano; onde i giudici, poveri in mezzo a tanta ricchezza, erano ridotti all'esercizio della loro illetterata prudenza. Giustiniano, vedendo l'immensa difficoltà che lo studio del diritto e la pratica applicazione del medesimo incontravano in questa sovrabbondanza di testi disseminati, concepì il grandioso progetto di riunire in un sol corpo le norme giuridiche, sia che derivassero dall'autorità imperiale, sia che derivassero dall'autorità dei giureconsulti. Riprendendo ed eseguendo in modo più felice il pensiero che un secolo prima aveva suggerito l'idea del Codice di Teodosio e la legge delle citazioni, pensò egli pure di riunire in due raccolte sistematiche le leggi imperiali e le opere dei giureconsulti. Questa è per l'appunto l'origine del Codice e delle Pandette.

Il Codice è una raccolta di costituzioni imperiali di cui le più antiche appartengono ad Adriano e le più recenti a Giustiniano. Come fu già avvertito più sopra, la prima edizione del Codice Giustinianeo fu pubblicata nel 529; ma nel 534 Giustiniano, vo-

lendo farvi entrare cinquanta costituzioni da lui emanate in quel frattempo e introdurre molte altre modificazioni per meglio conciliare il Codice colle Pandette, ne fece fare una seconda edizione, ed è appunto questa che ci è pervenuta.

Le Pandette sono una raccolta di frammenti estratti dalle opere di trentanove giureconsulti. Con quale criterio poi furono scelte le opere di tali giureconsulti, è stato illustrato dal Buonamici [1]. Egli ammette, come già aveva congetturato il Ferrini, e dimostra con molti argomenti, che base della scelta fu la legge delle citazioni (vedi sopra a pag. 45). Gli autori scelti sono i cinque, cui la legge si riferisce, e quelli, le cui opinioni sono riferite nelle opere dei primi. Perchè qualche autore citato con frequenza dai cinque giuristi sia stato omesso, e sia stato invece adoperato qualcuno da essi non menzionato, spiega il Buonamici con sottili osservazioni.

Le Pandette furono compilate da una commissione nominata sulla fine del 530, presieduta da Triboniano e composta da sedici persone, delle quali undici erano avvocati della prefettura di Oriente, tre professori delle scuole di Berito e Costantinopoli e due alti magistrati. La commissione si suddivise in tre sottocommissioni e ciascuna ebbe la cura di spogliare una certa quantità di opere fra le prescelte. I lavori di ciascun gruppo venivano poi coordinati e raccolti dalla commissione intiera. L'opera fu compiuta nel corso di circa tre anni e pubblicata nel 533.

Le Pandette e il Codice abbracciavano tutto il diritto romano, cioè tanto il diritto imperiale quanto il diritto scientifico; ma l'accesso a queste due estesissime collezioni sarebbe riuscito difficile a principianti che non fossero stati iniziati nella scienza del diritto con uno studio più elementare: Giustiniano, non reputando conveniente che si ricorresse per quest'uopo alle opere degli antichi giureconsulti, diede ordine a Triboniano, a Teofilo professore della scuola di Costantinopoli e a Doroteo professore della scuola di Berito di compilare un compendio che dovesse

[1] *Annali delle Università toscane*, vol. XX, 1896, e *Archivio giuridico*, LX (nuova serie, I), pag. 1-44.

servire di guida ai giovani nello studio dei primi principii della scienza del diritto. I compilatori incaricati di questo lavoro presero per fondamento le Istituzioni e le *Res cottidianae* di Gaio, poi del Digesto, delle Istituzioni di Marciano, di Ulpiano e Fiorentino: del proprio non posero se non quanto concerne il nuovo diritto giustinianeo [1].

Le Istituzioni di Giustiniano vennero divulgate ancor prima delle Pandette, e ricevettero forza legale insieme con queste nel 30 dicembre 533.

Compite le anzidette compilazioni del Codice, delle Pandette e delle Istituzioni, Giustiniano seguitò per trent'anni a tenere l'imperio. Nel quale tempo egli emanò non poche leggi o costituzioni che modificarono diversi punti del diritto già stabilito: specialmente nel diritto di famiglia e di eredità. Queste novelle leggi, emanate per la maggior parte in lingua greca, si chiamano *Novellae constitutiones* o semplicemente *Novellae*.

CAPO X.

Esame delle singole raccolte della legislazione giustinianea. — Divisione manoscritti. edizioni. metodo di citazione e interpretazione delle medesime.

Dopo aver fatto un breve sommario storico della legislazione di Giustiniano ed indicata l'origine e il contenuto delle sue compilazioni in generale, conviene che discorriamo separatamente di ciascuna raccolta in particolare.

Noi indicheremo brevemente la divisione, i manoscritti, le edizioni ed i metodi di raccolta.

I. — DELLE ISTITUZIONI IN PARTICOLARE.

DIVISIONE DELLE ISTITUZIONI. — Le Istituzioni sono divise in quattro libri: ogni libro è suddiviso in titoli ed ogni titolo in

[1] Vedi FERRINI, *Fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, nelle *Memorie del R. Istituto Lombardo*, Milano 1890.

paragrafi. Il primo libro, premesse alcune nozioni generali sul diritto, tratta delle persone; il secondo delle cose, dei diritti reali, delle successioni testamentarie, ecc.; il terzo delle successioni intestate e delle obbligazioni nascenti da contratti o quasi contratti; il quarto delle obbligazioni nascenti da delitti o quasi delitti, delle azioni e degli altri mezzi legali con cui si fanno valere i proprii diritti.

Manoscritti delle Istituzioni. — Il manoscritto più antico, quello conservato nella Biblioteca capitolare di Verona che rimonta al settimo seconto, non è completo. Fra i completi ve ne sono quattro anteriori ad Irnerio, dei secoli nono, decimo e undecimo, ed una diecina di anteriori ad Accursio; gli altri sono per lo più dei secoli decimoquarto e decimoquinto.

Edizioni delle Istituzioni. — Le principali sono: 1° Editio princeps in urbe Magontina per Petrum Schoyffer de Gernesheim, 1468: quest'edizione, che è la più antica di tutte, è glossata; la prima edizione non glossata è quella di Parigi del 1511. — 2° Editio Haloandrina per opera di Gregorio Aloandro, Norimberga 1529. — 3° L'edizione del Biener (*Justiniani Institutionum, libri IV*, Berolini 1812). — 4° L'edizione dello Schrader (Berlino 1832): questa è arricchita di un apparato critico e di eccellenti annotazioni. — 5° Quella dello Huschke del 1868. — 6° Quella del Krueger del 1869, riprodotta poi nelle edizioni stereotipe del *Corpus iuris* di Berlino, che è la migliore. — 7° Quella del Mispoulet e del Girard nei loro Manuali.

Metodo di citare i passi delle Istituzioni. — Per citare le Istituzioni si comincia dall'indicare il paragrafo, poi si aggiunge l'intestazione del titolo, e da ultimo si indica il numero del libro e del titolo. Esempio: § 1, Inst., *de usucapionibus*, II, 6. — Taluni cominciano dall'indicare il numero del libro e del titolo ed aggiungono in fine quello del paragrafo. Esempio: Inst. II, 6, *de usucapionibus*, 1; o anche semplicemente così: 1, II, 6, 1.

Il primo verso si chiama *principium* o proemio, e soltanto il capoverso si chiama paragrafo primo. Esempio: Pr. Inst., *de usucapionibus*, II, 6; o anche semplicemente così: I, 2, 6, pr.

II. — DELLE PANDETTE IN PARTICOLARE.

Divisione delle Pandette. — Le Pandette sono divise in cinquanta libri. E prescindendo dai libri 30, 31 e 32, che trattano tutti e tre dei legati e s'intitolano *de legatis et fidecommissis*, *I*, *II e III*, tutti gli altri sono divisi in titoli: i titoli sono suddivisi in frammenti e questi in paragrafi, preceduti da un proemio. Ciascun frammento contiene in principio l'indicazione del nome dell'autore e del titolo dell'opera dalla quale fu tratto [1]. Quanto alla distribuzione degli interi libri e titoli, tutti sono d'accordo nel ritenerla fondata sopra un piano completo e principalmente sul sistema dell'editto perpetuo di Salvio Giuliano, come l'imperatore stesso aveva disposto.

Giustiniano non aveva dato norme intorno alla disposizione dei frammenti in ciascun titolo. Oggi però sembra accertato, che, in conformità della divisione del lavoro sopra accennata, si facessero tre gruppi i quali si distinguono da certe opere che ne formavano la parte principale [2].

Al primo gruppo appartenevano i commentari ad *Sabinum* e quelli dell'editto, che si riferiscono all'*ius* civile (*gruppo sabiniano*); al secondo le opere sulla parte principale dell'editto (*gruppo edittale*); al terzo le opere sulle *quaestiones* e i casi di diritto, costituito particolarmente dai libri di Papiniano (*gruppo Papinianeo*).

Queste tre masse vennero poi riunite in ciascun titolo, non sempre nello stesso ordine, giacchè di solito viene prima quella che contiene numero più copioso di estratti, ultima la più scarsa.

I cinquanta libri delle Pandette sono poi raggruppati in sette parti delle quali la prima (*Prota*) contiene i primi cinque libri; la seconda (*de iudiciis*) i sei seguenti; la terza (*de rebus*) dal libro dodicesimo al diciannovesimo; la quarta (*umbilicus*) dal libro

---

[1] Giustiniano, dettando le disposizioni secondo le quali l'opera fu compiuta (vedi nel proemio del Digesto la const. *Deo auctore*) ordinò anche che fosse compilato un indice degli autori e delle opere adoperate (consti. *Tanta, de confirmatione digestorum*) e questo indice è a noi pervenuto e contiene i nomi di 38 autori.

[2] La commissione vi aggiunse posteriormente interpolazioni ed estratti presi da opere non adoperate prima.

ventesimo al libro ventisettesimo; la quinta (*de testamentis*) dal libro ventottesimo al libro trentaseesimo; la sesta dal libro trentasettesimo al quarantaquattresimo; la settima dal libro quarantacinquesimo al cinquantesimo.

Manoscritti delle Pandette. -- Fra tutti i manoscritti che possediamo, il più antico è quello di Pisa, che rimonta al settimo secolo, e che, trasportato a Firenze nel 1406, viene presentemente con religiosa cura conservato nella Laurenziana. I glossatori avevano la convinzione che le Pandette pisane, oggi fiorentine, fossero le originali di Giustiniano, onde nascendo controversie sulla vera lezione di una legge si solevano mandare ambasciatori a Pisa per riscontrare quel manoscritto (*littera pisana*) cui era attribuito un valore quasi superstizioso e per la conservazione del quale erano prese precauzioni straordinarie dagli statuti pisani del secolo decimo terzo. Gli altri manoscritti delle Pandette (*littera vulgata*) datano tutti da' secoli duodecimo, decimoterzo e decimoquarto, cioè dal tempo in cui la scuola di Bologna era nel suo maggior lustro; per cui la Vulgata è conosciuta anche sotto il nome di testo bolognese. Non è ben certo quali manoscritti possedessero i glossatori e quale uso ne abbiano fatto per stabilire il testo bolognese ossia la Vulgata. Pare che nello stabilire il testo bolognese i glossatori si sieno bensì serviti di una copia del manoscritto pisano, ma che questa copia fosse stata corretta sopra un manoscritto più antico. Tutti i manoscritti posteriori si sarebbero fatti su questi due elementi, e le loro varianti non sarebbero che errori e congetture. Il manoscritto originario che servì di base al testo bolognese sembra sia stato difettoso, e che dal libro XXXV in poi sia stato completato coll'aiuto del testo pisano. Ora siccome non esiste un testo autentico delle Pandette, come non esiste delle altre parti della legislazione giustinianea, così è chiaro, che, per stabilire il vero testo delle compilazioni giustinianee, non resta altra via che quella di ricorrere alla critica scientifica coll'aiuto di tutti i mezzi che ci porgono i materiali tanto anteriori che posteriori a Giustiniano.

Edizioni delle Pandette. — Le principali edizioni sono le seguenti: 1ª Editio princeps colla glossa, e cioè il Digesto vecchio per opera di Enrico Clayn (Perugia 1476); l'Inforziato per

opera di Vito Pücher (Roma 1475); il Digesto nuovo per opera del medesimo editore (Roma 1477). — 2ª LECTIO HALOANDRINA ossia NORICA così chiamata perchè si pubblicò a Norimberga nel 1529 per opera di Aloandro (Meltzer), il quale si servì di un esemplare del testo fiorentino e di varii manoscritti della Vulgata. 3. LECTIO FLORENTINA stampata per cura di Lelio e Francesco Torelli a Firenze nel 1553. Una edizione in due volumi condotta secondo i migliori criterii è quella di Teodoro Mommsen, eseguita sul manoscritto fiorentino nuovamente riscontrato e con riguardo ad altri migliori manoscritti, col titolo: *Digesta Justiniani Augusti*, Berolini apud Weidmannos [1].

A tutte queste edizioni riuscirà superiore la riproduzione per mezzo della fototipia, che ora si prepara, del manoscritto fiorentino [2].

[1] [Oltre a questa edizione, che dicesi « *maior* », il MOMMSEN, per l'uso delle scuole, ne curò e pubblicò, con minore apparato critico, un'altra stereotipa, *(editio minor)* che forma il primo volume del « *Corpus iuris civilis* » edito dagli stessi Weidmann. Essa, morto il Mommsen, è stata ripubblicata da P. Krüger, il quale ne ha fatte due edizioni (XI e XII) notevolmente diverse da quelle del Mommsen. Poichè, oltre a una nuova critica del testo, ha posti tra due uncinetti (< >) le parole interpolate indicandone in nota gli scopritori, e inoltre, a margine del testo, ha segnato il numero delle pagine e. 5 per 5, i corrispondenti righi della « *editio maior* », cosa che permette di consultare il vocabolario della latinità giuridica (in pubblicazione per cura della Fondazione Savigny) dove il Digesto è citato appunto secondo l'edizione maggiore del Mommsen. E siccome questa è in due volumi, le pagine del 2° vi sono indicate sovrapponendo al numero una lineetta (es. 100).

In Italia è in pubblicazione una edizione del Digesto curata dal compianto Ferrini pe' primi 20 libri e pel resto dal prof. Bonfante, Fadda, Riccobono e V. Scialoia. Lo scopo è di fornire un volume di piccola mole, tascabile. Tuttavia il testo è sottoposto a nuova ed accurata revisione, considerando i *Basilici* molto più del Mommsen, ed è riportato col maggiore scrupolo, anche quando sia scorretto, perchè interpolato da' compilatori con poca cura. Però in nota si avverte che la scorrettezza è effetto d'interpolazione. Queste sole e non già tutte quelle finora scoperte sono le interpolazioni indicate nella edizione italiana].

[2] Fin dal 1893, essendo Ferdinando Martini Ministro per la pubblica istruzione, fu decretato di ridurre ad un fatto l'idea altre volte esposta di pubblicare per mezzo di riproduzione fotografica il prezioso manoscritto.

Metodo di citare le Pandette. — Il metodo migliore per citare le Pandette è quello di incominciare dall' indicazione del frammento e del paragrafo, facendo susseguire l' intestazione del titolo, e aggiungendo in fine, per maggior facilità delle ricerche, il numero del libro e del titolo. Esempio: fr. 3, § 1, *de rei vind.*, VI, I. Altro esempio: fr. 3, § 1 *de R. V.* (6, 1), o anche L. 3, § 1, Dig., *de rei vendicatione*, 6, 1. È poi opportuno indicare il nome dell' autore e il titolo dell' opera, da cui è tratto il frammento, per esempio: fr. 3 § 1, *de rei vind.*, VI, I (Ulpianus, libro XVI, *Ad Edictum*). Alcuni seguono il metodo dei filologi, indicando prima il libro, poi il titolo, poi il frammento, da ultimo, se c' è, il paragrafo: per esempio: D., 6, 1, 3, 1.

III. — Del Codice in particolare.

Il Codice, come fu già osservato, contiene in compendio le costituzioni imperiali da Adriano fino a Giustiniano.

Divisione del Codice. — Il Codice è diviso in dodici libri: i libri si suddividono in titoli, ed i titoli si compongono di un numero più o meno grande di costituzioni imperiali, disposte per ordine cronologico, talora mutilate e talora intere. Ogni costituzione porta in fronte il nome dell' imperatore dal quale venne emanata ed il nome della persona alla quale venne diretta. Alla fine della costituzione si trova l' indicazione del luogo e dell'anno della sua data; esistono però alcune costituzioni senza data.

Manoscritto del Codice. — Molti sono i manoscritti del Codice, ma pochi i buoni; e nessuno è così antico nè così completo come il manoscritto delle Pandette fiorentine. In alcuni manoscritti sono omesse intiere costituzioni, specialmente greche, in altri le costituzioni non sono inserite che per estratti, e quasi tutti poi mancano degli ultimi tre libri, dedicati al diritto pub-

E veramente fu tentato un saggio. Il Ministro Gianturco riprese cotesta idea, per un certo tempo abbandonata, e volendo con metodi nuovi e migliori di fototipia riprodurre l' intero Codice, dispose che si facesse mediante l' opera di una casa industriale di Roma che ne assunse l' impegno. Vedi il nostro *Arch. giuridico*, vol. XLIV, pag. 495 e seg.; vol. XLVI, pag. 60-79; vol. L, pag. 215 e seg. e pag. 379-387.

blico e l'applicazione dei quali aveva dovuto cessare di buon'ora. Donde venne l'uso che soltanto i primi nove libri s'insegnavano nelle scuole e soltanto quelli si trovano nelle edizioni antiche.

Edizioni del Codice. — Di queste meritano speciale menzione l'edizione *principe* stampata a Magonza nel 1475, quella di Aloandro (Meltzer) stampata a Norimberga, quella dello Hermann nel 1868, e principalmente quella di Krüger, 1879 (anche stereotipa nell'edizione citata del *Corpus iuris*, vol. II).

Metodo di citare il codice. — Le costituzioni del Codice si citano così come i frammenti delle Pandette, colla differenza che invece di *Fr.* (frammento) si adopera la lettera *C.*, che indica *constitutio*. Esempio: *C.* 12, § 1, *qui potiores*, VIII, 18. Alcuni autori adoperano invece delle iniziali *Fr.* e *C.* l'iniziale *L.*, che indica *Legge*, ma allora sono obbligati ad aggiungervi un *D.* od un *C.*, secondo che la legge è del Digesto o del Codice. Il passo succitato del Codice si citerebbe in questo modo: L. 12, § 1, C., *qui potiores*, VIII, 18.

Alcuni specialmente moderni preferiscono citare in questo modo: Cod. VIII, 18, *qui potiores* 12, 1; o semplicemente così: C. VIII, 18, 12, 1.

IV. — Delle Novelle in particolare.

Giustiniano non lasciò alcuna raccolta ufficiale delle sue Novelle. Esistono però varie collezioni private, la quali differiscono l'una dall'altra e pel numero delle Novelle che contengono e per l'ordine in cui sono distribuite. Le raccolte private più importanti per noi sono:

1° L'*Epitome Juliani*, un compendio latino di 125 Novelle, compilato nel 556 da Giuliano professore di diritto nella scuola di Costantinopoli. L'edizione migliore è dello Haenel (Lipsia 1873).

2° L'*Authenticum*[1] ossia *liber autenticorum* od anche *versio vulgata*, una raccolta di 134 Novelle, le latine nel loro testo originale, e le greche tradotte in lingua latina (probabilmente negli

[1] Tamassia N., *Per la storia dell'Autentico*, Venezia 1898, negli *Atti del R. Istituto veneto di scienze, lett. ed arti*, tomo IX, serie VII, pag. 536-615. Su di esso vedi Brugi, nell'*Archivio giurid.*, LII (nuova serie, III), pag. 200.

uffici della prefettura d'Italia in seguito alla *sanctio pragmatica*); la qual raccolta nel secolo duodecimo era assai divulgata in Italia. Una buona edizione è dello Heimbach (Lipsia 1946): ora però è assai preferibile quella dello Schoell nel III volume del *Corpus iuris civilis* di Berlino.

3° La collezione greca di 168 Novelle, delle quali 153 di Giustiniano, le altre dei suoi successori, specialmente di Giustino II e di Tiberio II, raccolta e ridata in luce dagli umanisti. Una edizione critica con ordine cronologico curò lo Zachariae von Lingenthal (Lipsia. Teubner 1881, 2 vol.). La migliore edizione costituisce il terzo volume del *Corpus iuris civilis* di Berlino con nuova versione latina (*recognovit Schoell, absolvit Kroll*, Berolini, apud Weidmannos, 1893).

V. — Interpolazioni nelle Pandette e nel Codice [1].

Diciamo interpolazioni, giusta la definizione del Gradenwitz, quei mutamenti che le commissioni giustinianee hanno introdotti nei testi accolti nelle loro compilazioni pei fini di queste compilazioni medesime. I Digesti e il Codice, destinati a servire di

---

[1] Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandecten*, Berlin 1887 e su esso Scialoia, in *Boll. Istit. dir. rom.*, I. 148 e seg.: Ferrini, in *Archivio giur.*, XL. 163 e seg.: Cogliolo, in *Archivio giur.*, XLI. 188 e seg.: Gradenwitz, nella *Zeitschrift d. Sav.-Stift. (Rom. Abth.)*, VI, 56 e seg.; VII. 45 e seg.; VIII. 251 e seg.; Eisele, *Zur Diagnostik der Interpol. in den Digesten u. im Codex*, nella *Zeitschrift d. Sav.-Stift. (Rom. Abth.)*, VII, 15 e seg. Vedi anche la stessa Rivista, X. 296 e seg.; XI. 1 e seg.: XIII. 118 e seg.: Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsia 1888, ove sono rilevate senza esagerazione alcuna molte interpolazioni. [Nella *Palingenesia*, i singoli frammenti sono collocati nell'ordine che avevano nell'opera originale di ciascun giureconsulto. Il Lenel ha cercato di ricostruire l'ordine originale dei singoli frammenti, e valendosi dei risultati dei nuovi studi sulle interpolazioni ha cercato anche di restituire il testo nel suo originale contenuto]: Appleton H., *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris 1895; Ferrini, *Il Digesto*, Milano 1895. Un interessante confronto fra il testo delle costituzioni quale è dato nel Codice Giustinianeo e quello spesse volte conservato nelle compilazioni anteriori è del Marchi, *Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodosiano, le Novelle posteodosiane e il Codice Giustinianeo*, nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, XVIII, pag. 5 e seg.

testo ufficiale di legge, non dovevano contenere se non quelle disposizioni che fossero ancora in vigore al tempo di Giustiniano. I commissari ebbero l'ordine esplicito di fare ai frammenti, che essi estraevano dalle opere dei giureconsulti e dalle costituzioni imperiali tutte quelle modificazioni, correzioni ed aggiunte che credevano indispensabili allo scopo che Giustiniano si era proposto. E poichè la necessità di questi mutamenti si sentì sovra tutto per le opere dei giureconsulti dettate in un' epoca di gran lunga anteriore alla compilazione giustinianea, di quanto non fossero le costituzioni imperiali, ne viene che i Digesti contengono interpolazioni in modo molto più rilevante del Codice.

Per convincersi dell'esistenza delle interpolazioni è sufficiente leggere la Costituzione *Tanta* che costituisce la seconda prefazione dei Digesti. Dice Giustiniano che era sì grande il rispetto per l'antichità che non si volle che i nomi dei giureconsulti, le cui opere vennero adoperate per la compilazione, fossero dimenticati, e che per conseguenza fu posto il nome dell'autore allo inizio di ciascun frammento dei Digesti. Se non che, aggiunge tosto Giustiniano, ogni qual volta questi frammenti contenevano alcunchè non più consono al nuovo modo di vedere e di sentire, si fecero tutte queste aggiunte e quelle modificazioni richieste, onde il testo corrispondesse all' insieme della nuova legislazione. Ed inoltre Giustiniano vieta in modo assoluto ogni confronto fra gli scritti degli antichi con quelli riveduti dalla Commissione, imperocchè, per ragioni di utilità, i mutamenti fatti risultarono numerosi ed importanti.

Del resto la ragione di tali mutamenti è ovvia e convien notare che dagli ultimi giuristi classici a Giustiniano il diritto si era andato modificando per il prevalere di nuove idee morali, per l'intrecciarsi di nuove correnti etnografiche, pel continuo spostamento del centro di gravità dell'impero verso l'Oriente. Sicchè fra il diritto formalmente in vigore e la pratica esistevano grandi differenze. Ora l'opera di Giustiniano fu, non tanto di innovare sostanzialmente le condizioni giuridiche del tempo, quanto di mettere in accordo colla vita il diritto formale. Si aggiunga che le scuole orientali, che direttamente prepararono l'opera giustinianea, avevano un modo di concepire e trattare il diritto diverso

da quello delle scuole classiche e contribuirono a far penetrare alcune dottrine, apparentemente attinenti solo al metodo ed alla forma, in realtà modificatrici dello spirito e della sostanza.

Dalla Glossa a noi le ricerche sulle interpolazioni non mancarono mai, e tra gli antichi interpreti il Cuiacio ed il Fabro meritano a questo riguardo un posto specialissimo. Un impulso a queste indagini fu dato oggidì dal Gradenwitz, dall' Eisele e dal Lenel, i quali ebbero in Italia un precursore altrettanto geniale quanto poco noto nell' Alibrandi.

Lo studio delle interpolazioni è oggidì vivo, ma, ciò malgrado, la strada è ancora tutta da percorrersi. Non pare, scrive lo Scialoia [1], che l' operazione delle interpolazioni sia stata sempre fatta regolarmente: sono tutte le parti e tutti i libri delle Pandette ugualmente interpolati? Sono le tre masse del Bluhme trattate ugualmente dagli interpreti? E l'eguaglianza fu serbata nel trattare i diversi autori? Vi sono esempi di duplice interpolazione, come potrebbe essere una prima della sottocommissione, e una seconda della commissione plenaria? La irregolarità, conclude lo Scialoia, che dovrebbe ammettersi, se a queste domande si rispondesse affermativamente, o almeno le regole più particolari che modificherebbero le generali, possono naturalmente portare forti variazioni al grado di certezza dei risultati di ricerche generali.

Ed il Kalb [2] osserva che per questi studi sarebbero di una necessità impellente i dizionari scientifici che ancora oggi mancano. Solo allorquando vi saranno cotesti dizionari si potrà con maggiore serenità andare in cerca delle interpolazioni ed in allora, a suo modo di vedere, molti passi, che si vorrebbero spiegare colle interpolazioni troveranno la giusta esegesi in base all' uso della lingua.

Consiglia poi il Cogliolo [3] di evitare le esagerazioni e di ricercare non meno i cosidetti glossemi, i quali non sono inter-

---

[1] *Bollettino dell' Ist. di dir. rom.*, I, 151 e seg.

[2] *Die Jagd nach Interpolationen*, 1897.

[3] *La storia del diritto romano e le interpolazioni nelle Pandette*, in *Archivio giur.*, XLI, 118 e seg.

polazioni giustinianee, ma mutamenti o addizioni fatte a poco a poco sui manoscritti dalle scuole di allora, secondo il costume greco e latino di glossare i libri di studio e conservare per mezzo della tradizione scolastica queste glosse. Dal punto di vista storico è necessario sapere se l'innovazione è un glossema o una interpolazione, perchè fra l'uno e l'altra può esservi la distanza di secoli.

Quanto ai glossemi, questi possono essere prodotti dalla incorporazione nel testo di una nota marginale di un commentatore delle Pandette, ovvero l'intrusione di essi può esser avvenuta nel testo prima della compilazione giustinianea ovvero postgiustinianea.

Un insegnamento dato dall'ermeneutica sulle interpolazioni, che non deve mai scordarsi, è quello dello Scialoia, che cioè non si debba trattare la critica congetturale quasi fosse l'ultimo rimedio, al quale ricorrere nei casi più disperati di difficoltà di interpretazione; può non esservi alcuna buona ragione per correggere un passo impossibile ad intendersi da noi, come d'altra parte può dimostrarsi guasto un testo anche facilissimo ad interpretarsi [1].

Naturalmente il modo più sicuro per riconoscere le interpolazioni è il confronto diretto con le fonti genuine; ma pur troppo, per la scarsezza di queste, in pochi casi è possibile. Un criterio generale poi è quello della lingua, il quale dà modo di conoscere e distinguere lo stile dei giureconsulti classici da quello dei bizantini [2]. Altro criterio importante è quello della impossibilità storica, che cioè per la differenza della legislazione rimanga manifesto che un frammento non sia stato scritto dall'autore come si legge nelle Pandette.

Ecco alcuni esempi d'interpolazioni. Nel diritto antico la usucapione degli immobili si compiva in due anni; Giustiniano la estese a dieci anni fra presenti e a venti fra assenti (vedi § 67), lo che chiamavasi *longum tempus*. Così è avvenuto che nei testi

[1] *Rivista ital. per le scienze giur.*, V, 41 e seg.
[2] Vedi FERRINI, *Il Digesto*, cap. III.

degli antichi giureconsulti si è di sovente cangiato il vocabolo *usucapio* in quello di *longi temporis capio* [1].

Nel fr. 3, § 1, D., *de usufructu adcrescendo*, VII, 2 (Ulpianus, *libro septimo decimo ad Sabinum*) si legge: *si duo fundi domini deducto usu fructu proprietatem tradiderint*, ove il *tradiderint* sta in luogo di *mancipaverint*, come risulta dal testo originale riferito nei *Fragmenta Vaticana* § 80.

Il fr. 12, § 3, D., *de usufructu*, VII, 1 (Ulpianus, *libro septimo decimo ad Sabinum*) suona così: *De illo Pomponius dubitat, si fugitivus, in quo meus usus fructus est, stipuletur aliquid ex re mea vel per traditionem accipiat, an per hoc ipsum, quasi utar, retineam usum fructum?* Nel § 89 dei *Frammenti Vaticani*, ove è riportato il testo originale di Ulpiano, in luogo di *vel per traditionem accipiat* si legge *vel mancipio accipiat*.

Alla parola *fiducia* venne sostituita quella di *pignus*. Così, p. e., nel fr. 49, § 3, D., XXIV, 3 (Paulus, *libro septimo Respons.*): *Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa pignoris ablatus est.* Nel testo originale (*Vat. fragm.*, § 94) in luogo di *ex causa pignoris* si legge *ex causa fiduciae*.

Talvolta le mutazioni sono ancora maggiori, come può vedersi nel fr. 1, § 2, D., *de usufructu adcrescendo*, VII, 2 combinato col § 75 dei *Frammenti Vaticani*, ove è riportato il testo originale di Ulpiano. Altro esempio consimile si ha nel fr. 3, § 2, D., *de usufr. adcresc.*, confrontato col § 83 dei *Frammenti Vaticani*.

Gli scrittori tentarono anzi in questi ultimi tempi di stabilire dei veri gruppi di interpolazioni. Uno di questi sarebbe formato dalle eccezioni contrapposte al principio generale per mezzo di un *nisi*, adattando in tal modo il diritto alle mutate circostanze (Eisele).

Un altro gruppo si avrebbe con quelle espressioni vere e assolute di opinamento poste alla prima persona plurale (verbo o pronome) specialmente a correzione di un giudizio altrui precedente [2].

Nel diritto giustinianeo si è data alla volontà una impor-

---

[1] Ulpianus, fr. 10, § 1 e fr. 26 *de usurp. et usuc.*, XLI, 3; Iulianus, fr. 33, § 3 *cod.*

[2] Vedi Pampaloni, in *Archivio giuridico*, LV, 503 e seg.

tanza maggiore di quella datale dai classici giureconsulti, i quali si attenevano piuttosto alla forma e al significato generale delle parole; di qui forse la ragione di non poche interpolazioni degli antichi testi; così, ad esempio, l'accenno alla volontà del testatore non sempre invocata a proposito in taluni casi di interpretazione di testamenti può rilevare, procedendo con cautela, l'interpolazione (Gradenwitz).

Sonvi poi parole o dizioni che parrebbero doversi sempre ritenere interpolate nelle Pandette; ad esempio: *adimplere*, *satisfactionem dare*, *celebrare* nel senso di *perficere*. Parole sempre sospette sarebbero *cumulus*, *regressus*. Inoltre: *per traditionem accipere* — *retradere* — *constitutum* o *statutum* o *praestitutum tempus* — *competens* — *praesumptio* in senso di presunzione come prova — *approbare* per provare — *pecuniae* al plurale. — Parole spesso interpolate sarebbero anche le frasi *in casu* — *licentiam habere*, *esse*, *dare*, ecc.

È utile la distinzione proposta dal Gradenwitz in interpolazioni estensive, restrittive, sostitutive. Sovente, quando un istituto nel diritto classico era limitato ad una data azione, ad un dato oggetto ecc., e nel diritto giustinianeo si riferiva invece ad ogni azione, ad ogni oggetto, ecc., i compilatori fecero nel testo genuino antico una interpolazione estensiva generalizzante. Le interpolazioni restrittive si notano quando il diritto giustinianeo introduceva molte eccezioni ad un principio del diritto classico. Non di rado in tal caso i compilatori restrinsero quanto veramente aveva detto il giureconsulto, e ciò, o con una aggiunta di indole generale, o con una proposizione esprimente il caso nel quale quanto aveva detto il giureconsulto era vero per il diritto nuovo. Quelle sostitutive sono infine state fatte col sostituire nei testi una nozione ad un'altra.

Oggidì non si può ancora affermare che lo studio sulle interpolazioni sia elevato a vera scienza, ma l'importanza di questo studio è ormai da tutti riconosciuta, e sta il fatto che lo scoprimento prudente di vere interpolazioni diventerà una delle principali fonti della storia del diritto romano [1].

---

[1] Per il metodo nella ricerca delle interpolazioni vedi Beseler *Beiträge zur kritik der röm. Rechtsquellen* - Tübingen-Mohr 1910 e 1911.

V. — Interpretazione delle compilazioni giustinianee.

Le Pandette contengono alcuni frammenti, che si contraddicono fra loro, o che sono in contraddizione con gli altri passi del Codice e delle Istituzioni [1]. Quando s'incontrano siffatte antinomie, conviene esaminare con cura minuziosa (*subtili animo*) [2] se i fatti presentino per caso qualche delicata sfumatura, che permetta di risolvere la contraddizione apparente dei testi; o se uno dei frammenti possa considerarsi come regola e l'altro come eccezione; o se debbano considerarsi come parti di un tutto che si completano a vicenda di guisa che la generalità apparente di uno di essi si trovi in realtà precisata e limitata dall'altro. Ecco un esempio di siffatta conciliazione, che suolsi chiamare sistematica. Pomponio, nel fr. 3 e nel fr. 4, § 2 D., *pro suo*, XLI, 10, dice possibile la usucapione quando manca bensì un giusto titolo, ma il possessore suppone erroneamente di averlo. Al contrario Ulpiano nel fr. 27, D., *de usurpationibus*, XLI, 3 e Giustiniano nelle sue Istituzioni, § 11, *de usucapionibus*, II, 6 dichiarano la usucapione impossibile. La conciliazione sta nello ammettere che quando l'erronea supposizione di avere un titolo sia giustificata da circostanze tali che la rendano scusabile, per via di eccezione la credenza supplisca alla realtà [3].

Quando non è possibile la conciliazione sistematica può darsi che si possa ricorrere alla conciliazione storica. Vi sono cioè dei casi in cui l'uno dei frammenti contraddittori contiene una disposizione, che dev'essere considerata come l'ultimo risultato dello svolgimento progressivo del diritto, mentre l'altro non è stato riprodotto che per inavvertenza o come semplice notizia storica, per far comprendere meglio la legislazione attuale per mezzo della conoscenza del diritto antico. Un esempio ce l'offre

---

[1] Le Novelle erano, come leggi staccate, destinate a modificare a poco a poco il diritto e a continuarne lo svolgimento. Per la qual cosa, nel caso di una contraddizione, ogni Novella deve avere la preferenza sulle tre raccolte. Savigny, *Sistema*, 1, § 43; Arndts-Serafini, *Pandette*, I, § 12.

[2] C. 2, § 12, Cod., *de veteri iure enucleando*, 1, 17.

[3] Vedi più innanzi § 67 ed il Savigny, *loc. cit.*

Africano nel fr. 34 pr., D., *mandati,* XVII, 1 confrontato con Ulpiano nel fr. 11 pr., e 15, D., *de rebus creditis,* XII, 1 [1].

CAPO XI.

Del « Corpus iuris civilis » nel suo complesso.

Le quattro collezioni del diritto giustinianeo che abbiamo partitamente esaminate nel capo precedente sono conosciute sotto il nome generico di *Corpus iuris civilis,* la quale espressione era già stata adottata dai glossatori, che al pari di noi consideravano la legislazione giustinianea come un sol tutto. I glossatori avevano diviso il *Corpus iuris civilis* in cinque volumi. Il primo conteneva il Digesto vecchio (dal libro I al libro XXIV, titolo 2°), il secondo l'Inforziato (dal libro XXIV, tit. 3°, al libro XXXVIII), il terzo il Digesto nuovo (dal libro XXXIX al libro L), il quarto i primi nove libri del Codice, e il quinto finalmente gli ultimi tre libri del Codice, le Istituzioni, la versione vulgata delle Novelle divisa in nove collezioni, nonchè due libri di diritto feudale che, unitamente ad alcune leggi dell'impero, formavano la decima collezione.

Fra le varie edizioni dell'intiero *Corpus iuris iustinianei* devonsi distinguere le glossate e quelle senza glossa, alcune delle quali sono arricchite di note e commenti, altre senza annotazioni di sorta. Non bisogna confondere le edizioni *glossate* con quelle annotate. Le *glosse* sono derivate dalla forma esegetica, con la quale erano studiate le collezioni giustinianee dai più antichi commentatori delle leggi romane, e sulle loro tracce poi dai primi professori di diritto in Bologna, specialmente da Irnerio e dai suoi successori fino ad Accursio. Chiamaronsi *glosse* quelle note formanti un commentario non interrotto sul testo delle compilazioni giustinianee, mercè le quali quei professori cercavano di spiegare il diritto romano con questo diritto medesimo, ora grammaticalmente, ora e principalmente dal punto di vista giuridico, e più che altro per mezzo di rinvii ai

[1] Vedi il vol. II, § 132.

passi paralleli o colla conciliazione delle apparenti antinomie. Queste glosse, dalle quali quei professori ebbero il nome di glossatori, furono dapprima inserite tra le linee del testo (glossa interlineare), poscia nel margine (glossa marginale) ed indi unite assieme a quelle degli altri glossatori (*apparatus*). Le varie glosse sparse in una grande moltitudine di manoscritti furono nel secolo decimoterzo riunite da Accursio, il quale ne trasse il meglio e vi mise anche del proprio. Codesto lavoro di Accursio è noto sotto il nome di *glossa ordinaria*. Le edizioni glossate contengono per lo appunto la glossa di Accursio. Alcune di queste edizioni glossate sono state arricchite di note e commenti, altre contengono la pura glossa; vi sono poi edizioni, come tutte le moderne, che sono senza glosse. Noi indicheremo le migliori edizioni glossate e non glossate.

Edizioni glossate. — Le migliori edizioni colla glossa sono: 1° le nove edizioni stampate a Venezia negli anni 1482-1507 presso Giovanni Battista Torti; 2° le cinque edizioni stampate a Lione negli anni 1510-1536 presso Frandin; 3° le dodici edizioni stampate a Lione negli anni 1538-1575 presso Hugo a Porta; 4° le varie edizioni del Contius stampate a Parigi presso Nivelio, e specialmente quella del 1576; 5° le edizioni di Dionigi Gotofredo stampate a Lione nel 1589 e negli anni posteriori; 6° l'ultima edizione glossata (che più delle altre merita essere raccomandata) fu per cura del Fehius stampata a Lione nel 1627 in sei volumi in foglio.

Edizioni non glossate. — Come si disse, alcune delle edizioni senza glossa sono arricchite di note, altre ne vanno prive. Fra le edizioni senza glossa e senza note meritano di essere raccomandate quelle dell' Elzevir e specialmente quella stampata ad Amsterdam nel 1663, che si distingue tanto per nitidezza che per correttezza, benchè a pagina 150 del primo volume si trovi il grossolano errore tipografico di « pars *secundus* » invece di *secunda;* per cui è conosciuta anche sotto il nome di *Pars secundus*.

Fra le edizioni senza glossa, ma annotate, meritano di essere raccomandate specialmente le seguenti: 1° l'edizione del Roussard, stampata a Lione nel 1560-1561 in due volumi in foglio; 2° quella

del Contius, stampata a Parigi nel 1560-1562 in nove volumi in ottavo, ed a Lione in quindici bellissimi volumetti; 3° quella del Charondas, stampata in Anversa nel 1575; 4° quella del Pacius stampata a Ginevra nel 1580; 5° quelle del Gotofredo, ch' ebbero moltissime ristampe, fra le quali primeggia quella di Amsterdam nel 1663, pubblicata per cura di Simon van Leenwen; 6° quella del Gebauer e dello Spangenberg a Gottinga nel 1796-1797 in due volumi in 4°; 7° l'edizione stereotipa de' fratelli Kriegel, stampata a Lipsia nel 1883 e negli anni posteriori (è la più comoda); 8° quella del Mommsen, Krüger, Schoell e Kroll, di cui è uscito il primo volume nel 1871, il secondo nel 1877 (2ª edizione 1880) e il terzo nel 1895. Quest'ultima edizione è la migliore. Il titolo preciso è: *Corpus iuris civilis*, editio stereotipa. I. *Institutiones*, recognovit P. Krueger: *Digesta*, recognovit Th. Mommsen retractavit Paulus Krueger. II. *Codex Justinianus*, recognovit P. Krueger. III. *Novellae*, recognovit R. Schoell, absolvit G. Kroll (Berolini 1903-1912).

CAPO XII.

Vicende del diritto romano in Oriente.

Benchè la legislazione giustinianea siasi conservata per molto tempo come diritto positivo dell'impero bizantino, ciò nondimeno subì molti cangiamenti. Anzitutto la lingua latina in cui erano scritte le Istituzioni, le Pandette ed il Codice ne rese necessaria la traduzione in lingua greca; in secondo luogo furono pubblicate molte leggi dai successori di Giustiniano, e da ultimo per la troppa estensione del Digesto e del Codice vennero in uso i compendi greci. Fra le più notevoli opere greche sulla legislazione di Giustiniano, che possono consultarsi con sommo vantaggio per la retta interpretazione del diritto giustinianeo, sono la Parafrasi di Teofilo ed i libri Basilici.

Parafrasi di Teofilo. — Pochissimi anni dopo la pubblicazione delle Istituzioni latine si compose una vasta elaborazione greca delle medesime (*parafrasi*). Non è certo, ma è tradi-

zione che Teofilo ne sia l'autore [1]. L'importanza di questo libro è grandissima. Vi sta a fondamento una antica versione greca di Gaio coi relativi commenti, che datano dalla scuola di Berito assai fiorente nel secolo anteriore a Giustiniano. È dunque raccolta in questo libro, che sarà sempre uno dei migliori sussidii dell'esegesi, molta parte dell'antica tradizione. L'ultima edizione condotta sui manoscritti e corredata di nuova versione latina è quella del Ferrini [2]. Un largo commento alla Parafrasi, quasi coevo alla sua compilazione, fu scoperto nei manoscritti parigini ed edito dal Ferrini (Milano 1887) [3].

Si posseggono anche frammenti di un sunto greco delle Istituzioni posteriore alla Parafrasi. E così pure delle altre parti del *Corpus iuris civilis* si ebbero prima larghe elaborazioni (indici) e più tardi compendii (somme, σύντομοι). Notiamo fra gli altri indici più importanti quelli dei Digesti di Doroteo (il commissario) e di Stefano e quelli del Codice di Taleleo e Isidoro. Fra le somme quelle dei Digesti dell'Anonimo e di Cirillo e quelle del Codice di Anatolio e di Teodoro. In buona parte tali importantissime elaborazioni greche ci furono conservate nei Basilici e nei loro Scolii, nei Nomocanoni e in varii compendii bizantini; di alcune ci giunsero anche brani indipendenti. Un numero cospicuo di costituzioni della Somma Anatoliana fu scoperto e pubblicato con versione latina dal Ferrini (Milano 1885).

Le prime collezioni sistematiche di diritto bizantino in massima parte composte con frammenti delle citate elaborazioni furono (per tacere dell'Ecloga degli Isauri) il Prochiro, l'Epanagoge e l'Epitome (editi nell'*ius graeco-romanum* dello Zachariae) ma l'importanza di queste compilazioni cede di molto di fronte a quella dei Basilici.

Basilici. — Le numerose costituzioni dei successori di Giustiniano, e le contraddittorie interpretazioni dei giureconsulti e

---

[1] Vedi Ferrini, *Origine della parafrasi greca delle Istituzioni*, nell'*Archivio giur.*, XXXVII, 353-414.

[2] *Institutionum graeca parafrasis Theophilo antecessori vulgo tributa* (Berolini, vol. I. 1884; vol. II, 1885, 1887, 1896). Ma tale versione non è molto fedele.

[3] Nelle *Memorie del R. Istituto Lombardo*.

le varianti che si erano introdotte nelle traduzioni greche delle leggi, resero indispensabile una revisione del corpo del diritto. Secondo l'opinione prevalente un primo tentativo fu fatto da Basilio I, detto il Macedone, il quale aveva concepito il grandioso progetto di comporre una collezione sistematica di tutto il diritto giustinianeo e delle leggi posteriori e ne sarebbe riuscita una compilazione in 40 libri. Suo figlio Leone, detto il Filosofo, avrebbe fatto rifondere l'opera in 60 libri, risultandone quel lavoro che è conosciuto sotto il nome di *Libri Basilici*. Lo Zachariae poi propose un'ipotesi ben più probabile. Si sarebbero nominate due commissioni: una avrebbe concepito un disegno di 40 libri, l'altra di 60; la prima avrebbe preferito una fusione più intima e sistematica, l'altra un ordinamento più estrinseco. Le due commissioni avrebbero poi rifuso insieme i loro lavori non senza che appaiano ancora numerose tracce dei due indirizzi diversi.

I Basilici sono divisi in libri, i libri in titoli, i titoli in capi ed i capi in paragrafi. Il sistema dei Basilici è in complesso quello del Codice Giustinianeo, ma il contenuto dei singoli titoli differisce assai da quello del Codice. Imperocchè ogni titolo contiene tutte le disposizioni, che nel corpo delle leggi giustinianee sono sparse nelle diverse collezioni, e specialmente nelle Pandette, di guisa che i Basilici sono una compilazione sistematica delle diverse raccolte giustinianee e d'altre leggi posteriori in un corpo solo. È evidente che i Basilici sono di grande aiuto per la retta interpretazione del diritto giustinianeo, dappoichè essi vennero compilati su traduzioni che rimontano ai tempi di Giustiniano. Anche gli Scolii hanno grande valore. Di questi alcuni si dicono *antiquiores*, altri *recentiores*. I primi non sono altro che estratti delle antiche elaborazioni dell'età giustinianea ed hanno quindi per noi la stessa importanza (quando non anco maggiore) del testo. Gli altri sono opera di giureconsulti vissuti nei secoli XI e seguenti, e benchè contengano importanti notizie e conservino qualche buona tradizione, in genere sono di assai più lieve momento.

L'edizione dello Heimbach (Lipsia, 1833 e seg., 5 volumi; nel 6° i Prolegomeni e il *Manuale Basilicorum*) è la più recente

e completa. Il *Supplementum editionis Heimbachianae* dello Zachariae (riproducente il palinsesto ora appartenente alla Biblioteca di Berlino) è anche sotto l'aspetto critico assai commendevole. Il settimo volume si è pubblicato a Lipsia nel 1897 per cura del Ferrini e del Mercati e contiene molte parti inedite dei *Basilici* (specialmente libri XIX, XXXI-XXXV, XLIV, LIII-LIX) tratte da un palinsesto ambrosiano [1], nonchè altri contributi per la conoscenza e la integrazione dell'importante raccolta [2]. Tanto lo Heimbach che lo Zachariae ed il Ferrini hanno aggiunto una letterale versione latina.

Dalla pubblicazione dei Basilici fino alla presa di Costantinopoli non cessò punto l'opera della giurisprudenza bizantina e si ebbero nuovi compendii, rifacimenti di compendii antichi e in ispecie del Prochiro, dell'Epanagoge, dell'Epitome ed anco dell'Ecloga e opere di pratica forense. Un notevole risveglio si ebbe per opera di Costantino Monomaco, che con una costituzione recentemente scoperta [3] fondò di nuovo la scuola giuridica di Costantinopoli. I fasti della giurisprudenza bizantina si chiudono coll'Esabiblo di Armenopulo [4], trattato chiaro ed abbastanza elegante.

Chi pensi come tutta l'opera della giurisprudenza greco-romana abbia la propria base nei lavori dei giureconsulti coevi a Giustiniano, alcuni dei quali collaborarono nelle varie parti del *Corpus iuris*, non potrà a meno di rilevare quale importanza debbano avere pel romanista tali lavori. Si pensi pure come vi si raccogliesse anco la tradizione della scuola di Berito, le cui origini risalgono per lo meno ai tempi di Paolo ed Ulpiano [5].

---

[1] Fu descritto diligentemente dal MERCATI, nei *Rendiconti del R. Istituto lombardo*, 1893, pag. 821-841.

[2] Vedi BRUGI, nell'*Archivio giuridico*, LX (nuova serie, I). 161-165 e KRÜGER, nella *Zeit, Sav.-Stift.*, XIX, 102-108.

[3] Edita dal FERRINI, nell'*Archivio giuridico*, XXVIII, 425.

[4] Ultima edizione dello HEIMBACH (1851).

[5] Vedi MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*; ZACHARIAE, *Iuris graeco-romani histhoriae delineatio*; HEIMBACH, nell'*Enciclopedia* di ERSCH e GRUEBER vol. 38 (lett. *I*) e FERRINI, *Fonti*, pag. 130 e seg.

CAPO XIII.

Vicende del diritto romano in Occidente [1].

Le compilazioni di Giustiniano erano destinate per l'Oriente, ma con speciale patente vennero promulgate anche in Italia, e quando Giustiniano ne scacciò gli Ostrogoti, prescrisse l'osservanza delle sue leggi colla *sanctio pragmatica prò petitione Vigilii* del 554, e le fece studiare nelle scuole. Da questo momento in poi il diritto romano giustinianeo resse sempre l'Italia nonostante i mutamenti politici che ebbe a subire, e si sa positivamente che anche durante la dominazione longobarda si insegnava il diritto romano a Roma, a Ravenna, a Bologna e più tardi anche a Pavia, nella quale ultima città il diritto romano si insegnava accanto al diritto longobardico, ed era già penetrato nelle leggi stesse longobarde. Tuttavia nei primi secoli delle dominazioni straniere il diritto romano viveva di una vita stentata ed inerte, quando nel XII secolo lo vediamo sorgere da quel letargo, essere oggetto dello studio di tutte le persone più colte, e per ultimo reggere qual legge vivente i paesi più civili d'Europa [2]. Questo stupendo risorgimento del diritto ro-

[1] Un sunto rapido ma completo delle vicende del diritto romano in Occidente leggasi nel Landucci, *Storia*, I, §§ 105-108.

[2] Oggidì s'è fatta più viva che mai la disputa se accanto all'uso pratico del diritto romano (dimostrato dal Savigny costante durante tutta l'età di mezzo) abbia resistito all'urto della barbarie anche la scienza del diritto. Sta per l'affermativa il Fitting, *Ueber die sogenannte Turiner Institutionenglosse*, 1870 — *Glosse zu den Exc. leg. rom.*, 1874 — *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft*, 1875 — *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, 1876 — *Ueber die Heimath und das Alter des sogenannten Brachylogus* 1880, e i due articoli nei volumi 6 e 7 della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. In contrario il Conrat nella prefazione all'edizione dell'*Epitome exactis regibus*. Ma ormai il primo con pubblicazione di testi nuovi, con lo studio e la comparazione di quelli già noti ha colmato in gran parte la lacuna intercedente fra la glossa torinese delle Istituzioni (età giustinianea) e i glossatori. Fra le opere giuridiche su base romana assegnate all'Italia in questo periodo, notiamo la glossa torinese, ora ricordata, la *Lex romana canonice compta*, la somma

mano ebbe principio in Bologna. Sul termine del decimo secolo, l'Italia cominciava a riaversi dalla lunga oppressione barbarica, il commercio e le arti vi rifiorivano, il benessere vi ritornava. Le città lombarde erano arrivate ad un alto grado di ricchezza e di prosperità, e la nuova vita che animò il loro commercio ed i loro affari esigeva un diritto civile ben più sviluppato di quello che potevano offrire i pochi compendii delle leggi giustinianee allora in uso e che erano stati appena sufficienti per un'età rozza. Quel diritto si trovò nelle compilazioni giustinianee che tutt'ora esistevano, e che studiate a fondo bastavano pienamente a tutti i bisogni del tempo.

Il primo, secondo la tradizione, a porsi con successo all'opera fu Irnerio, che verso il principio del secolo duodecimo aperse a Bologna suâ patria l'insegnamento del diritto romano, distinto ormai dagli altri insegnamenti, a cui dianzi andava confuso, rettorica, grammatica, ecc. [1]. Esistevano però anche prima di lui le ricordate scuole di diritto a Roma, Ravenna, Pavia e nella

---

perugina del Codice (HEIMBACH, *Anecdota*, vol. II), il libello di Pietro Crasso, il *Compendium iuris*, le costituzioni edite dal KLENZE, la glossa pistoiese al codice edita dal CHIAPPELLI, le *Exceptiones Petri* e tutta la letteratura che ad esse si connette, ecc. Del FITTING è da notare ora anche *Die Institutionenglossen des Gualcausus*, Berlin 1891, libro in risposta al FLACH, *Études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen-âge*, Paris 1890, seguace delle idee di CONRAT. In esso il FITTING dimostra come gli stessi longobardisti di Pavia (ad esempio il famoso Valcauso) facessero lezioni di diritto romano. Il CONRAT poi ha in parte modificate le sue vedute nella sua *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts in früheren Mittelalter*, Berlin 1889-1891. Vedi anche il KRUEGER, *Geschichte der Quellen des röm. Rechts*, Berlin 1912. Recentemente la questione è stata largamente trattata dal PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio*, in *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, VIII, pag. 19 e seg.

[1] Se le scuole greco-romane dell'Italia meridionale abbiano avuto influenza su Irnerio e sulla scuola bolognese indaga lo ZACHARIAE, *Il diritto greco-romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Bologna*, traduzione del FERRINI, 1885. Gli si oppose specialmente il BRANDILEONE, *Archivio giur.*, XXXVI, 62-101. Sugli studi del BRANDILEONE e su quello del PERLA (*Il diritto romano giustinianeo nelle provincie meridionali d'Italia prima dell'Assise normanne*, 1885), si può vedere lo SCHUPFER, nei *Rend. dell'Acc. dei Lincei*, dicembre 1886.

stessa Bologna, ma la reputazione di quella di Irnerio le ecclissò siffattamente che appena ne rimase un barlume nella memoria degli scrittori di quel tempo [1]. Le lezioni dei dottori bolognesi (glossatori) attrassero da tutte le parti d'Europa in Italia la gioventù che in folla accorreva in questa classica terra a far tesoro di un sapere allora peregrino. Dalla scuola bolognese uscirono abili giureconsulti che ritornando in patria diffondevano le cognizioni giuridiche romane attinte in Bologna ed eccitavano un desiderio irrefrenato per lo studio del diritto romano. Il principato civile incoraggiava talvolta questo studio per farne argomento di opposizione al diritto canonico. Per cotal guisa il diritto romano fu accolto in tutta Europa, e vi ebbe vigore fino al principiare di questo secolo; ed anche i nuovi Codici di diritto civile che furono pubblicati in questi ultimi tempi presso le varie nazioni europee, tolte poche modificazioni richieste dai tempi e dalla indole locale, non sono che compendii della legislazione civile romana.

CAPO XIV.

Storia letteraria del diritto romano.

Le nozioni, che ci accingiamo a dare con la massima parsimonia, servono ad iniziare nella storia letteraria del diritto romano, di grandissima importanza e disgraziatamente non studiata a sufficienza.

La storia letteraria del diritto romano si può distinguere in

---

Vedi CHIAPPELLI, *Lo studio Bolognese nelle sue origini e nei suoi rapporti colla scienza preirneriana*, e SCHUPFER, *Le origini della Università di Bologna*, nelle *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, 1888. Il TAMASSIA, nell'*Archivio giur.*, XL, 241-284 in uno scritto intitolato *Bologna e le scuole imperiali di diritto*, sostenne che il rifiorimento degli studi romanistici a Bologna si collegava direttamente coi lavori d'esegesi e di compendio delle fonti dell'età antigiustinianea e postgiustinianea (scuole bizantine). Questa opinione fu combattuta dallo SCHUPFER specialmente nel lavoro sopra citato. Vedi TAMASSIA nell'*Archivio giuridico*, XL, 401-407.

tre periodi. Il primo comprende la produzione letteraria della scuola dei glossatori, che fiorì fra il 1080 circa ed il 1260, anno della morte di Accursio. Il secondo va dalla scuola dei glossatori alla fine del medio evo e rappresenta un periodo di decadenza. I giuristi di questo periodo formarono la scuola dei dialettici o commentatori [1]. Il terzo periodo, che dal cadere del medio evo giunge fino a noi, si iniziò con un profondo risorgimento degli studi umanistici; ma, quantunque i precursori fossero in Italia, si svolse dapprima in Francia, poi in Olanda, poi in Germania. L'Italia, salvo nobili eccezioni, non ne fece tesoro che dal suo risorgimento politico in poi. Il terzo periodo deve quindi essere distinto in quattro sezioni: scuola francese, scuola olandese, scuola tedesca e letteratura romanistica italiana.

I Glossatori.

La scuola dei glossatori si deve anch'essa distinguere in due ben diversi periodi. L'uno, che si potrebbe dire di creazione, va sino ad Ugolino; l'altro, che potrebbe esser chiamato di raccoglimento, da Ugolino sino al termine della scuola per opera di Accursio.

I glossatori più celebri del primo periodo furono:

Irnerio, nato intorno al 1055, dapprima professore di grammatica nelle scuole di Bologna, più tardi si dedicò all'insegnamento del diritto e fu il vero iniziatore della scuola dei glossatori. Il suo nome s'incontra varie volte nei placiti dell'impero e della contessa Matilde ed in altre carte fra il 1113 e il 1125. Odofredo lo dice *maximi nominis et primus illuminator scientiae nostrae*. Il Fitting ha ora pubblicato due opere attribuendole ad

---

[1] La storia letteraria del diritto romano nel medio evo è narrata in modo magistrale nella opera celebre del Savigny *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2ª ed., Heidelberg 1834-1851 (versione italiana Bollati Torino 1854-1857). Il Landucci, nel *Trattato di diritto civile italiano*, che pubblica intrecciato col *Corso di diritto civile francese secondo il metodo dello Zachariae* dei signori Aubry e Rau, Torino, pag. 983 e seg., ha riassunto in un quadro generale tutta quanta la ricca produzione letteraria riguardante il diritto romano dal medio evo ai nostri giorni.

Irnerio: la *Summa codicis* e le *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (Berlino 1894).

Bulgaro, bolognese, morì vecchio circa il 1166: di grande autorità, di carattere integro, di elegante e forbita parola, detto Boccadoro o Crisostomo della giurisprudenza. Ebbe scolari famosi, fra cui Giovanni Bassiano ed Alberico.

Martino Gosia, di Bologna, ebbe fama per valore non diverso da Bulgaro, ma inferiore per le doti morali. Glossò tutto il testo e fece aggiunte alle autentiche del Codice. Morì poco prima di Bulgaro.

Iacopo, bolognese, contemporaneo di Graziano, fu molto stimato e morì nel 1178. Si hanno di lui glosse e regole di diritto ed è spesso ricordato nelle *Dissensiones dominorum*.

Bulgaro, Martino, Iacopo ed Ugo, detti per eccellenza i quattro dottori, ebbero autorità immensa, furono i fondatori definitivi della scuola, presero parte alla Dieta di Roncaglia, e sostennero l'impero, quale continuazione del romano e rappresentante del potere civile contro l'invadenza dell'ecclesiastico. Le loro glosse sono la loro opera migliore; scrissero anche delle monografie per i tempi loro molto pregevoli.

Oltre questi sommi meritano speciale menzione:

Rogerio, scolaro di Bulgaro, fu il primo che scrisse una raccolta di controversie fra i glossatori. Alberigo (*de Parte Ravennate*), contemporaneo di Rogerio, ebbe tanto grido come professore, che dovette insegnare nel palazzo ove adunavasi il comune. Piacentino, nato a Piacenza, onde il suo nome, insegnò a Mantova, a Bologna, poi a Mompellieri ove fondò una scuola; poi di nuovo a Bologna e a Piacenza, e da ultimo a Mompellieri, ove morì nel 1192. Fu un vero luminare; non solo per la grande scienza legale, ma eziandio per la non comune cognizione dei classici latini. Giovanni Bassiano, di Cremona, ebbe Bulgaro a maestro, e famosi scolari Azzone, Carlo di Tocco e Niccolò Furioso. Insegnò a Bologna sulla fine del secolo XII; Azzone ed Accursio ne diffusero le opinioni; era stringato nella forma, meraviglioso per acutezza d'ingegno e per valentia nelle arti liberali. Pillio, nato verso la metà del secolo XII, scrisse varie opere notevoli per precisione dialettica. Ottone, nato a

Pavia, visse nella seconda metà del secolo XII; fu scolaro del Piacentino e maestro di Carlo di Tocco; insegnò a Bologna e scrisse, oltre le glosse ed alcune distinzioni, un libro *De ordine iudiciario*. Burgundio, nato a Pisa sul principio del secolo XII, tradusse i testi greci delle Pandette. Vacario, emigrò dall'Italia in Inghilterra, ove fondò una scuola di diritto romano.

Azzone, nato a Bologna circa la metà del secolo XII, vi morì verso il 1230. Godette altissima fama, onde fu adoperato molte volte in rilevanti faccende della sua città ed ebbe immenso numero di uditori. Le sue opere furono di tanta fama da far obliare gli antichi glossatori. Ed anche tra i pratici la sua autorità era tale che correva il proverbio: « Chi non ha Azzo non vada a Palazzo ».

Ugolino (del prete), bolognese, discepolo di Giovanni Bassiano ebbe scolari famosi Roffredo, Iacopo d'Ardizzone ed Odofredo; morì dopo il 1233. Molto operò come lettore, scrittore, giudice e come uomo politico. Le sue opere sono le *Glosse* in forma di vero Apparato, la *Somma dei Digesti e del Codice*, una raccolta di *Distinzioni*, le *Diversitates seu Dissensiones Dominorum*, le aggiunte alla Somma di Azzone, la *Somma del gius feudale* e finalmente le *quaestiones*.

Del secondo periodo furono noti oltre ogni altro:

Lanfranco, nato a Crema, professore a Bologna e a Vicenza, fu il primo a leggere ad un tempo in diritto civile ed in canonico. Iacopo d'Ardizzone, di Verona, ebbe maestri Azzone ed Ugolino. La sua fama riposa principalmente sovra una sua opera di diritto feudale, ma glossò anche le fonti del diritto romano. Iacopo Baldovini, di nobile famiglia bolognese, fiorì nella seconda metà del secolo XII, godè molta fama come professore. Podestà di Genova, gli fu affidata la correzione degli statuti. Carlo di Tocco, scolaro di Piacentino, Cipriano, Giovanni Bassiano e Ottone e maestro del celebre Roffredo, scrisse glosse al diritto romano e somme, ma fu famoso sopratutto pel grande apparato alla Lombarda, che è pel diritto longobardo ciò che pel romano la Glossa di Accursio. Roffredo d'Epifanio, scolaro di Piacentino, Giovanni Bassiano, Ottone, Cipriano, Azzone, Carlo di Tocco e Ugolino, lesse dapprima in Bologna, e dal 1215 in poi in Arezzo.

Accursio, col quale termina la schiera dei glossatori, nacque nel contado di Firenze intorno al 1182, e vi morì circa il 1260. Dopo avere pubblicamente insegnato per più di quarant' anni, si ritirò nella sua villa per comporre nella solitudine la *Glossa magna,* vasta collezione delle glosse scritte dai suoi predecessori e contemporanei. Essa lo rese famoso e acquistò sì grande autorità da essere osservata nei tribunali come legge, perchè conteneva, riassunte ed elaborate, le glosse sparse nelle molteplici opere dei maestri della scuola, abbracciava tutte le fonti del diritto, ed apparsa in un'età, nella quale decadevano le forze scientifiche, imbandiva un comodo pascolo di letteratura giuridica, risparmiando la fatica di pensare del proprio. Infatti dalla fine del secolo XIII la venerazione per la *Glossa,* che riassumeva la maestà della scuola dei *domini,* divenne talmente grande che fu rispettata come il testo, da cui purtroppo cooperò ad allontanare i giuristi. Ma anche oggi il romanista non può dimenticar mai quel celebre libro, nè il civilista ignorare che vi si celano le radici di molti istituti e di molte loro modalità moderne.

Il massimo lavoro dei glossatori furono le glosse, da cui prese nome la scuola: cioè appunti, richiami, schiarimenti, che il glossatore poneva nella propria copia del testo. Tuttavia scrissero anche numerosi lavori d'altra indole [1]. Appunto i glossatori raccolsero in un sol tutto le fonti del diritto, che dovevano costituire il diritto comune o generale dell' impero, e gli dettero il nome, che conserva oggi pure, di *Corpus iuris civilis.*

I dialettici o commentatori.

I numerosi cultori del diritto romano, o, come da allora in poi si cominciò a dire, del diritto comune, che fiorirono fra la

[1] Le *Summae* erano esposizioni sistematiche d' una parte del testo, per lo più del Codice e delle Istituzioni; i *Brocarda* erano proposizioni dommatiche dubbie e disputabili con documenti e dichiarazioni; le *Quaestiones* erano soluzioni di casi pratici, sia veri, sia imaginari, usate per esercizio a scuola; i *Formulari* erano più o meno ampie teorie di diritto e di procedura; le *Praelectiones* erano vere opere dommatiche.

seconda metà del secolo XII e la fine del secolo XV, sono stati designati in varii modi: *Pratici, Scolastici, Postglossatori, Bartolisti, Baldisti, Dialettici, Commentatori.* Fu un'età di decadenza assoluta; non soltanto la glossa si preferì al testo se in contrasto con esso, ma a questo non si ricorse nemmeno più. Inoltre si dette un gran peso via via alle opinioni degli scrittori precedenti e si finì a non vagliarle più, ma semplicemente a contarle. Cotali opinioni, moltiplicandosi, dettero origine da un lato ad una selva selvaggia di distinzioni e suddistinzioni inorganiche, che la moda rese del tutto grottesche, e dall'altro ridussero, come fu detto, il diritto a una strana aritmetica. Per ogni passo e magari per ogni frase del testo bisognava trattare e svolgere un certo numero di argomentazioni dialettiche!

Nonostante tali difetti gli scrittori di quel tempo non debbono essere dimenticati, sia perhè alcuni ebbero alto ingegno, sia perchè fan parte di quel filo, che congiunge il diritto romano alla coscienza giuridica e alle leggi odierne, sia infine perchè crearono istituti pratici anche oggi pieni di vita o a torto abrogati dai codici in vigore.

Del resto quel lungo tratto di tempo si può suddividere in tre periodi, l'uno dalla seconda metà del secolo XIII al primo quarto del secolo XIV, in cui, appoggiandosi alla glossa, si perfezionò il metodo dialettico; il secondo sino alla fine del secolo XIV, in cui la dialettica dominò sovrana, e grandissima fu la fama di Bartolo; l'ultimo comprende tutto il secolo XV, che rappresenta una continua riscossa, foriera del prossimo risorgimento.

Del primo periodo meritano speciale ricordo Odofredo, Dino, Giovanni De Deo, Rolandino de Passageriis, Iacopo de Ravanis e Pietro Bellapertica. Sul cadere di esso, il metodo allora in vigore fu detto, e a ragione, *mos italicus iura docendi,* nome che rimase fra noi fino alla fine del secolo XVII, in antitesi al *mos gallicus,* perchè fiorito principalmente in Francia. Il *mos italicus* mantenne salde radici sopratutto in Italia, ove per oltre due secoli dopo il risorgimento fu difeso con soverchio, anzi con fanatico calore; il *gallicus,* dalla Francia, passò in Olanda, poi in Germania con la scuola storica per mezzo

della quale, in questa seconda metà del secolo XIX, finalmente in Italia.

Del secondo periodo furono più degli altri celebrati i seguenti: Bartolo, il quale con l'alto suo ingegno seppe diminuire i difetti della scuola e giungere a risultati mirabili. Nacque a Sassoferrato nel 1314 e morì a Perugia nel 1357. La sua fama risuonò così alta, come di nessuno del suo secolo e di pochi d'ogni tempo; i tribunali accettarono quasi leggi le sue opinioni; in celebrate università, anche ultramontane, le opere sue furono testo di lezioni e persino materia di cattedre; nelle faccende civili e politiche del tempo fu ricercato come un oracolo. Già a vent'anni teneva dispute e ripetizioni celebrate; insigne conoscitore del diritto fu riputato anche sommo in geometria, in lingua ebraica ed in dialettica. Le sue opere, ristampate molte volte, sono anche oggi degne di studio accurato. Vi si trovano le origini di vaste teorie moderne. Cino da Pistoia (1270-1336), fu dolce poeta e giureconsulto sapiente, strenuo difensore del potere civile, mente acutissima, spesso precorritrice dei tempi. Baldo degli Ubaldi fiorì tra il 1327 e il 1400 e godè una fama inferiore solo a quella di Bartolo. Di lui oltre ai Commentari al *Corpus iuris* sono da ricordare i numerosi *Consilia*, moltissimi dei quali (oltre duemila) a stampa e molti ancora inediti. Circa trecento di questi ultimi si trovano nella Biblioteca capitolare di Lucca, alcuni de' quali, in materia commerciale ed internazionale, sono stati recentemente pubblicati con ampio commento dal Benolis. Bartolomeo Saliceto, nato circa nel 1340 fu valoroso esegista ed ebbe celebrati scolari, come il Fulgosio e lo Zabarella. Raffaele Fulgosio, nacque a Piacenza nel 1367 e morì a Padova nel 1427. Giovanni da Imola (1436), ebbe molto grido, ed i suoi libri sull'*Infortiatum* e sul *Digestum novum* ed i suoi *Consilia* si consultano ancora con profitto. Paolo de Castro, detto il Castrense, nacque nella seconda metà del secolo XIV, morì il 20 luglio 1441. Fuggì le esagerazioni del metodo dialettico; ricorse alle fonti più degli altri e fu tenuto in gran conto anche dai più insigni avversari del *mos italicus*.

Già in quest'ultimo periodo, si cominciano ad avvertire i segni della riscossa dalle pastoie del metodo dialettico. Fra i

giureconsulti, che vi fiorirono e furono più benemeriti di cotesto miglioramento basti ricordare i seguenti: Riccardo Malombra, professore a Padova e consultore della Repubblica di Venezia. Bartolomeo Cepolla di Verona celebre per i suoi trattati sulle servitù. Francesco Accolti, detto l'Aretino, vissuto fra il 1418 ed il 1488. Bartolomeo Socino, figlio di Mariano, nato in Siena nel 1436, chiamato dal Poliziano *suae aetatis Papinianus*. Giasone del Maino, di famiglia milanese, nato a Pesaro nel 1435, morto professore a Pavia nel 1519, anello di congiunzione col glorioso risorgimento dello studio del diritto iniziato da Andrea Alciato.

Gli umanisti.

La scoperta dell'America, la caduta di Costantinopoli in mano degli infedeli e l'invenzione della stampa segnano un punto importantissimo nella storia del diritto. Alla quiete dei secoli trascorsi in mezzo all'ignoranza e al servaggio politico succede in Italia un movimento glorioso. Il passato riapparve nella sua splendida luce ai letterati di questo secolo, dai quali, piuttosto che dai giuristi, fu preparato il risorgimento della scienza del diritto. Si sentì il prepotente bisogno di ammirare, imitare e ricostruire la classica antichità. Allora i giuristi studiarono e pubblicarono con cura e pazienza infinite, i codici antichi e sovrattutto si esercitarono sul celebre manoscritto pisano delle Pandette. Quei precursori, di cui ci limitiamo a ricordare nel secolo XIV Angelo Poliziano, Niccolò Niccoli, Maffeo Vegio, Lorenzo Valla e Pomponio Leto, riposero in onore il diretto studio delle fonti, e flagellarono la barbarie, la rozzezza, l'inorganica scienza dei giuristi de' tempi loro; mostrarono la grande utilità dell'abbandono dei farraginosi commenti ed il vantaggio di tornare alla limpida sorgente del testo giustinianeo e di rischiararla con l'aiuto di tutte le altre fonti romane o bizantine, appunto in quel tempo portate in occidente dai profughi, che la conquista di Costantinopoli vi aveva cacciati a torme.

Fra i giuristi il vero autore del risorgimento fu il milanese Andrea Alciato di Alzate in quel di Milano (1482-1550). Esso

fu il ristauratore dei buoni studi; rappresenta nella scienza del diritto il principio dell'evo moderno e la definitiva caduta del medio evo. Ma, salvo eccezioni, l'esempio di lui non trovò seguaci in Italia: invece negli undici anni che passò ad Avignone e a Bourges, ebbe studenti valentissimi, ammiratori sinceri, in complesso terreno propizio, sicchè il seme fruttificò in Francia.

Scuola francese.

Cuiacius, il più insigne giureconsulto di questa, vide la luce nel 1522 a Tolosa. Insegnò a Bourges, a Cahors, a Valenza, a Parigi, a Torino; morì a Bourges il 4 ottobre 1590. Ebbe alto, potente, immaginoso l'ingegno, fu di cultura varia e profonda; pubblicò manoscritti, illustrò la massima parte delle fonti raccolte nel *Corpus iuris*, fu avventurato iniziatore e promotore delle ricerche greco-bizantine; ebbe squisito il senso storico, pari all'acume giuridico. Considerò i grandi giureconsulti romani a sè, riunendone i frammenti sparsi nelle Pandette, e li presentò sotto nuova, vera e splendida luce; ne provennero le acute, meravigliose esegesi di Papiniano, di Paolo, di Africano. Ove egli lasciò la sua impronta, ad altri fu arduo, spesso impossibile segnarne una più profonda. Anche oggi il romanista, lo scienziato non ricorrono mai a lui invano. A Bourges succedette al Balduino: fu chiamato a Valenza, d'onde, morto il Duareno, tornò a Bourges. Margherita di Francia, duchessa di Berry, divenuta sposa di Emanuele Filiberto, lo volle a Torino, ove rimase nel 1566 e nel 1567. Le splendide opere del Cuiacio, ebbero cinque edizioni: la prima è di Parigi nel 1658, l'ultima di Prato nel 1835-1847. Per l'uso delle opere del Cuiacio è di grande utilità l'Albanesi (*Promptuarium universorum operum Iacobi Cuiacii*).

Fra i più illustri giureconsulti della celebre scuola francese dopo Cuiacio ci limitiamo a ricordare i seguenti:

Ugo Donello. Nacque a Chalon sur Saône il 23 dicembre 1527: professò a Bourges, a Bordeaux, ad Orlèans, ad Heidelberg, a Leyda, ad Altdorf, ove morì il 4 maggio 1591. Fu antagonista costante, poderoso del grande Cuiacio. Questi considerava infatti le fonti romane alla luce storica, come preziosi

frammenti dell'antichità; invece per il Donello esse costituivano un sistema vivo, utile e pratico. Il metodo dell'uno ebbe quindi indole esegetica, dommatica quello dell'altro. Le opere del Donello furono edite a Lucca (1762-1770), a Norimberga (1800-1834) ed a Firenze (1845-1847), con le note di Osvaldo Illigero.

Duarenus. Nacque nel 1509 a Moncontour in Bretagna; avversario dichiarato delle glosse, si oppose in Bourges al Balduino ed al Cuiacio: morì il 23 luglio 1589. Molte e svariate furono le sue opere, edite a Lione nel 1579 ed a Lucca nel 1765, 1770 e 1772.

Molinaeus (Carlo du Moulin). Nacque a Parigi nel 1500 e vi morì nel 1566. Fu insigne giureconsulto, romanista, canonista, commentatore del diritto consuetudinario francese, così acuto e valoroso da potersi dire fondatore della sua scienza. La migliore edizione delle opere di lui è quella di Parigi 1681, in 5 volumi.

Balduinus (Francesco Bauduin). Nacque ad Arcas, visse fra il 1520 ed il 1573; insegnò a Strasburgo, Heidelberg, Douai, Besançon, Parigi, ove fu anche consigliere di Stato. Le sue opere giuridiche furono raccolte dallo Heineccio nel primo volume della *Jurisprudentia romana et attica*, Leida 1738-1741.

Hotomannus. Di famiglia tedesca, ma nato a Parigi il 23 agosto 1524, ebbe vita avventurosa, ed insegnò a Parigi, a Losanna, a Strasburgo, a Bourges, a Valenza, a Ginevra, a Basilea, ove morì il 12 febbraio 1590. Fu a un tempo fiero censore dei bartolisti e tiepido dei culti o cuiaciani. Fu anche avverso all'opera di Giustiniano e capo dei così detti antitriboniani.

Gothofredus (Dionigi e Giacomo). Dionigi nacque a Parigi il 17 ottobre 1549 e morì a Strasburgo il 7 settembre 1621. Fu detto il vecchio per distinguerlo, non tanto dal figlio, quanto da omonimi nipoti. Fecondissimo scrittore, pubblicò opere di diritto romano, consuetudinario, pubblico, di storia e di filologia. La sua edizione annotata del *Corpus iuris* ebbe molta celebrità e fu ristampata le mille volte. Ma più celebrato ancora fu il figlio Giacomo, che nacque a Ginevra nel 1587 e vi morì il 26 giugno 1652. La sua opera massima, anche ai dì nostri di immensa utilità, fu il commento al Codice Teodosiano. Il suo *Corpus iuris* fu il modello di quasi tutte le edizioni posteriori

fino al principio del nostro secolo. Uno speciale ricordo merita il suo breve, chiaro e completo *Manuale iuris,* che per due secoli andò per le mani di tutti.

Faber (Antonius), nacque a Bourge-en-Bresse, in Savoia, il 4 ottobre 1557, e morì a Chambéry il 1° marzo 1624. D'ingegno raro e versatile, fu interprete insuperabile delle Pandette, lustro del Piemonte, sua seconda patria. È uno degli scrittori più utili, più vivi, più preziosi, sì per i pratici che per gli scienziati, anche ai giorni nostri. Le sue opere più preziose furono il *Codex Fabrianus,* Lione 1606, sapientissimo libro di diritto comune; i venti libri *Coniecturarum iuris civilis,* destinati ad interpretare passi oscuri del testo; i *Rationalia in Pandectas,* Ginevra 1604, splendido commento esegetico dei primi diciannove libri delle Pandette, ed il volume *De erroribus pragmaticorum interpretum iuris,* Lione 1590, e la *Iurisprudentiae papinianeae scientia,* Lugd. 1757.

Fabrotus (1588-1659), curò l'edizione dei Basilici.

Scuola olandese.

Insieme alla riconquistata libertà, i Paesi Bassi salirono nei secoli XVII e XVIII al primato dei buoni studi, dapprima archeologici, storici e filosofici, poi anche giuridici. Ivi i filosofi ed i giuristi seppero mirabilmente conciliare i principii della filosofia con il rigore della ricerca storica, applicando tale metodo allo studio del diritto romano. Ma il merito principale dei giureconsulti olandesi, oltre all'illustrazione di molti testi del diritto antegiustinianeo ed una potente ed accurata esegesi della massima parte delle fonti, è d'aver tentato una ricostruzione generale del diritto romano in manuali dommatici, degni di studio e di ammirazione anche ai dì nostri, ed un lavoro monografico prezioso per il cammino futuro della scienza [1]. Celebri fra essi e di massima importanza anche per gli studi odierni di diritto

[1] Non si debbono dimenticare neppure le belle raccolte sì utili e famose, dovute a questa scuola; Graevius, *Thesaurus antiquitatum romanorum:* Otto, *Thesaurus iuris romani;* Meermann, *Novus thesaurus iuris civilis.*

romano, vanno ricordati: Hugo Grotius, il fondatore, dopo Alberigo Gentili, del moderno diritto internazionale. Vinnius (1588-1657), di cui la semplicità e la chiarezza furono proverbiali. Huberus (1636-1694), del quale oggi sono ancora di grande utilità le *Praelectiones ad Pandectas*. Voet (1647-1714); il suo trattato di *Pandette*, opera meritamente celebre, anche oggi va per le mani di tutti. È un'opera elegante e minuta, che ha esercitata molta efficacia sui Codici moderni, specialmente sull'austriaco. Non v'è controversia, per quanto piccola, dei tempi del Voet, che non vi trovi la sua soluzione. Noodt (1647-1725); fu il più noto della scuola ed ebbe il soprannome di Cuiacio d'Olanda. Fu interprete profondo, ma troppo audace correttore dei testi. Schullingius (1659-1634); le sue più famose opere furono *Notae ad Digesta* e *Jurisprudentia vetus anteiustinianea*.

Scuola tedesca.

Nella seconda metà del secolo XVIII il centro degli studi civilistici si spostò ancora una volta, per passare in Germania, ove incontestabilmente rimase fino alla seconda metà del nostro secolo. Tuttavia anche dalla caduta del medio evo alla seconda metà del secolo XVIII non vi mancarono notevoli cultori del diritto. Fra gli stessi iniziatori della scuola dei culti si incontrano due insigni tedeschi. Ulrico Zasio (1461-1535) e Gregorio Meltzer o Haloander (1501-1531).

Oltre questi, meritano di essere ricordati G. Oldendorp † 1567, U. Giphanius † 1694, C. Rittershusius † 1613, W. A. Lauterbach † 1678, S. Pufendorf † 1604, S. Stryck † 1710, G. G. Leibniz † 1716, E. de Cocceji † 1719, Cr. Thomasius † 1728, G. S. Brunquell † 1735, G. I. Heineccius † 1742, G. Boehmer † 1749, G. A. Hellfeld † 1782, G. A. Spangenberg † 1806.

Nella seconda metà del secolo XVIII la scuola, che poi ebbe il nome di *storica*, sorse sovratutto per opera di G. Hugo, di C. T. Haubold e di A. G. Cramer. L' Hugo, comunemente riconosciuto come vero antesignano della nuova scuola, nacque nel 1764. Di 24 anni, nel 1788, divenne professore a Berlino. L'anno dopo pubblicò una versione tedesca di un noto opuscolo

del Gibbon, con una splendida prefazione, che contiene il primo programma della scuola storica. Fra le sue molte opere, merita d' essere ricordata in modo speciale la *Storia del diritto romano.*

La definitiva vittoria della nuova scuola fu provocata dalle condizioni politiche tedesche, e la sua rigorosa formulazione scientifica si deve all' altissimo ingegno di FEDERICO CARLO DI SAVIGNY, scolaro prediletto di Gustavo Hugo. L' insigne giureconsulto nacque il 21 febbraio 1779 a Francoforte sul Meno. Di prestantissimo ingegno, la sua dissertazione per la laurea *(De concursu delictorum formali)* lo rese già noto come giurista provetto. Ma la sua fama fu definitivamente assicurata, quando nel 1803, di 24 anni, pubblicò la splendida monografia sul possesso. Nel 1814 uscì il famoso suo scritto: *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione,* che fu come lo statuto della scuola storica, la bandiera che doveva correre vittoriosa, rinnovare gli studi ed essere simbolo di un terzo risorgimento non indegno di stare a pari di quello d' Irnerio e dell' Alciato. I giuristi della scuola filosofica, capitanati dall' insigne Federigo Giusto Thibaut, sostenevano che si dovesse comporre un Codice generale per la Germania, rigettando i diritti stranieri, fra cui precipuo il romano, e facendo sì che avesse carattere nazionale e si avvicinasse ad un tempo, quant' era possibile, ai canoni della ragion naturale.

Il Savigny ed i suoi seguaci sostenevano essere quel diritto radicato nella coscienza popolare tedesca.

Tra i fidi della scuola filosofica, ci limitiamo a ricordare l'illustre scrittore CRISTIANO FEDERICO GLÜCK, che, nato nel 1755, insegnò in varie università, sovratutto ad Halle fino al 20 giugno 1831. Basta ricordare il suo grande *Commentario alle Pandette,* nel quale si era proposto di riassumere tutta la elaborazione scientifico-pratica, che il diritto romano aveva avuto da Accursio in poi, con un apparato bibliografico e storico e con una minuta esposizione delle vicende dei dommi. Per quanto possa sembrare difettosa, è un' opera che dovrebbe essere posseduta da tutti i giuristi. Si aggiunga che i difetti non esistono più nei volumi (dal trentasei) de' suoi prosecutori, che fecero tesoro di tutti i sussidii, del metodo e dei risultati della scuola

storica. Dopo la morte di Glück, la sua opera fu continuata da illustri romanisti, cui altri succedettero sino ai dì nostri. Parendoci necessaria una versione di essa nella lingua nostra, ne assumemmo, insieme col prof. Cogliolo, l' impresa, coadiuvati dalla massima parte dei cultori italiani del diritto romano [1].

Della scuola storica meritano ricordo speciale i due Heimbach, lo Schrader, il Rudorff, il Boecking, il Bethmann-Hollweg ed il Puchta.

Intanto la scuola storica e la filosofica, rinunciando alle loro esagerazioni, almeno negli studi di diritto romano, o erano scomparse o si erano fuse.

Termina quindi la storia della letteratura giuridica in Germania con una serie di scrittori, i quali fecero tesoro degli insegnamenti e dei sussidi dell' una e dell' altra, e riassunsero in manuali splendidi la produzione ricchissima di questo ultimo ciclo degli studi giuridici. Ricordiamo, per tacere dei viventi, l'Arndts, il Brinz, il Bruns, l'Jhering, il Keller, lo Schneider, il Sintenis, il Vangerow, il Waechter, il Windscheid, il Dernburg.

La scienza del diritto in Italia.

A partire dal risorgimento di cui parlammo, che nel diritto ebbe per insigne maestro l'Alciato, non si costituì in Italia una scuola speciale, come la francese e successivamente l' olandese e la tedesca. I giuristi italiani si tennero fidi al *mos italicus iura docendi,* e seguitarono quel barocco metodo dialettico, che intisichiva la scienza e la pratica; lo splendore delle università venne sempre scemando, la glossa e i commentatori rimasero sempre più il nutrimento e l'idolo de' pratici e degli scienziati.

Tuttavia, fra gli scrittori che fiorirono nei tre secoli corsi dal risorgimento alla codificazione, ve n' ebbero non pochi, non ostante il metodo, d' insigne valore per l' acutezza pratica, per la sapiente elaborazione del diritto comune, per l' adattamento

---

[1] *Commentario alle Pandette* di Glück. Milano, Società editrice libraria. — Dopo la morte di Filippo Serafini la direzione è stata assunta, sempre assieme col Cogliolo, dal prof. Carlo Fadda.

delle teorie romane alla coscienza nazionale e per la salutare influenza dei tribunali, modelli di sapienza, come la Rota romana e la fiorentina.

Certo le difficoltà della pratica ed i dubbi della giustizia divenivano ogni dì più numerosi e insopportabili, la necessità di Codici brevi e precisi sempre più irresistibile; certo il fosco quadro, che nel secolo scorso fece il Muratori in una sua nota operetta, era persino inferiore alla realtà delle cose, ma è pur vero che in molti scrittori il genio naturale aveva vinto i difetti del metodo, che opere francesi, olandesi e tedesche esercitarono una salutare influenza su di essi, e che in niun luogo più che nei pesanti e polverosi volumi degl'italiani si trova sì peregrino e sì pratico lo spirito e il senso giuridico nostro.

Primo ci corre al pensiero il cardinal Giovan Battista de Luca, nato a Venosa nel 1614. Disceso da oscura famiglia, divenne ben presto celebre come insigne avvocato e come scrittore fecondo, acuto, facile ed eminentemente pratico. Fu un prezioso espositore del diritto comune; i civilisti pratici vi troveranno anche oggi un buon esempio della sagacia e del genio italiano, ed una sapiente guida in infiniti casi; i teorici l'origine, la formazione di molteplici teorie ed istituti, o passati nelle leggi odierne, o cui conviene piegare queste per adattarle meglio al genio nazionale. Il papa Innocenzo I lo nominò cardinale il 1° settembre 1681. Nemmeno due anni dopo, il 5 febbraio 1683, cessava di vivere a Roma.

Lodatissimo e stimato più forse che non comportino i suoi meriti, chiamato il Bartolo o il Baldo del suo secolo, fu Iacopo Menochio, che nacque a Pavia nel 1582. Di ventitrè anni, già molto noto, spiegava ragion civile a Pavia. Dopo non lunga assenza, perchè chiamato prima a Mondovì da Emanuele Filiberto, poi a Padova, tornò nella sua città natale e v' insegnò per un ventennio. Morì il 10 agosto 1667 a Milano, senatore e presidente del magistrato straordinario.

Anche più acuto e meno cavilloso fu Francesco Maria Mantica, nato nel 1532 a Pordenone nel Friuli. Insegnò a Padova dapprima Istituzioni, poi diritto nelle ore vespertine e in seguito nelle mattutine. Fu fatto auditore di Rota da Sisto V

e cardinale da Clemente VIII nel 1596; morì a Roma il 28 gennaio 1614.

Giulio Pace nacque a Vicenza nel 1550 e morì a Valenza nel 1635. Fu giureconsulto eminente e filosofo profondo. Non si può dire seguace del metodo alciateo, ma fu certamente dei meno fanatici pel metodo antico. Senza dubbio, per potenza di raziocinio e per vastità di cultura, superò tutti i suoi contemporanei. Dai contemporanei fu considerato un innovatore audace e gliene provennero gravi amarezze. Insegnò in molte università italiane e straniere; a Valenza dalla cattedra del Cuiacio.

Non si devono dimenticare i due Gentili, Alberigo e Scipione, l'uno più noto, perchè fondatore del moderno diritto internazionale, ma ambedue conoscitori sapientissimi, del diritto civile, anzi il secondo eminentemente civilista nello stretto senso della parola. I due fratelli ebbero i natali a San Ginesio nella Marca d'Ancona: Alberigo, il maggiore, vi nacque il 14 gennaio 1552, Scipione nel 1563. Il padre Matteo che si era dichiarato protestante, dovette esulare d'Italia; i figli lo seguirono all'estero, ov'ebbero vita avventurosa, ma rinomanza immensa. L'uno, Alberigo, professore ad Oxford, ove morì nel 1609, dovette la sua celebrità all'opera: *De iure belli et pacis*, per la quale può considerarsi precursore di Grozio, come il Grozio stesso ammetteva; l'altro, Scipione, ebbe fra i suoi rinomati maestri il Lipsio per la filologia ed il Donello e Giulio Pace per la giurisprudenza. Del Donello divenne fraternamente amico ad Altdorff, ove fu professore sino alla morte sua, che avvenne il 7 agosto 1616.

Di Antonio Merenda, insigne giurista, basti dire che il Savigny, in complesso tiepido ammiratore dei giureconsulti italiani del suo secolo, ne ammirava la forma sistematica e la conoscenza profonda delle fonti. Nacque a Forlì nel 1578; fu acclamato professore a Pisa, a Fermo, a Pavia, a Bologna, e lo sarebbe stato anche a Padova se la morte nel 1655 non glielo avesse impedito. Ebbe idee ardite ed originali, e per molte teorie, come per quella del possesso, meriterebbe di uscire dall'oblio in cui è tenuto.

Il ferrarese Marco Aurelio Galvani, nato intorno al 1600,

fu tenuto in molto conto dai suoi contemporanei; per la vasta erudizione ed il modo di scrivere, che ritenevasi elegante, fu chiamato da varie università straniere. Rimase tuttavia sempre in Italia, a Pisa, a Ferrara ed a Padova sovratutto, ove, ricolmo d'onori, morì nel 1609.

Nel secolo XVII, insensibilmente, il *mos italicus*, ed il *mos gallicus*, tendevano a fondersi nonostante che i giureconsulti italiani non lo confessassero, per la diffusione che avevano avuta fra noi le opere dei francesi e che seguitarono ad avere anche per tutto il secolo XVIII insieme alle migliori olandesi e tedesche.

Tuttavia non sono molti i nomi che qui convenga ricordare, non essendo il caso di insistere sovra eletti ingegni, che esercitarono molta e buona efficacia negli studi giuridici, ma o soltanto con la viva parola nella cattedra, rimanendo negli scritti più storici che giureconsulti, o con studi indirettamente collegati a quelli del diritto. Tali furono Carlo Sigonio, insigne ed infaticabile erudito; Paolo Manuzio, di cui fu detto esser dubbio se più giovasse agli studi col pubblicare come stampatore ed editore insigne le altrui opere, o collo scrivere le sue; Guido Panciroli, profondo conoscitore della classica antichità; Giovan Battista Vico, genio solitario, divinatore intelletto, fondatore, può dirsi, della filosofia della storia e della teoria dell'evoluzione nella giurisprudenza; Donato Antonio d'Asti, primo a sostenere che il diritto romano non si estinse mai nel medio evo; Bernardo Tanucci, del quale la fama d'uomo di Stato eclissò quella alta e meritata di profondo conoscitore del diritto; Francesco Luigi Grandi, vestito l'abito di Monaco Camaldolense, prese il nome di Guido, matematico celebre così, che la sua vita costituisce una delle più belle pagine della storia delle matematiche in Italia, noto ai giuristi per la parte che prese nella celebre controversia sul manoscritto fiorentino delle Pandette: Aurelio Di Gennaro, fantastico scrittore di storia del diritto; Giuseppe Toscano, storico pregevole del diritto romano; e Lodovico Antonio Muratori, potentissimo erudito, d'immenso sapere, preparatore del rinnovamento degli studi di storia del diritto italiano e mirabile espositore dei difetti della giurisprudenza contemporanea.

Il giurista, nello stretto senso della parola, più acuto, il romanista più insigne, fu GIUSEPPE AVERANI di Firenze, ove nacque il 20 marzo 1662. Alto intelletto, di versatilità e di profondità meraviglioso, riuscì matematico e fisico rinomato e sapiente, letterato, filosofo acuto, giurista insigne. Prima professore di Istituzioni, poi di Pandette, ebbe gran fama; fu forse il solo giurista italiano del secolo XVIII che avesse molta celebrità in Francia, in Olanda e in Germania, paesi nei quali la stima della scienza italiana era caduta molto basso. La sua modestia, pari al sapere, rimase celebre. L'opera, che ci ha conservato testimonianza della sua valentìa, i libri *Interpretationes iuris,* non sarebbero stati pubblicati senza la insistenza del Brenkmann, celebre giurista olandese, che ne curò la stampa insieme ad altri professori del suo paese. Le *Interpretationes* sono un libro che può stare a paro delle opere del Cuiacio e del Savigny, e che niun cultore del diritto privato, in ispecie italiano, dovrebbe non avere nel proprio studio o dimenticarsi di consultare. Altri fino al secolo nostro non merita ricordare in questo rapido sunto. Sino al risorgimento italiano levarono molto e meritato grido il Del Rosso, il Forti ed il Poggi; dopo essi il Conticini, il Doveri, il Ronga, il Ruggieri, l'Alibrandi ed il Padelletti, ingegno poderoso di giureconsulto acuto e di storico geniale, tacendo di molti altri, che pure cooperarono a preparare il risveglio dei nostri studi, il quale, oramai si può asserire con sicura coscienza e senza tema di esser tratti in inganno dall'affetto al proprio paese, ha avuto bello e copioso svolgimento nell'ultimo quarantennio.

Degli autori di questo rifiorire degli studi romanistici, ci limitiamo, perchè viventi, a ricordare alcuni nomi, senza nulla togliere al merito di altri che taciamo per brevità, come Vincenzo Arangio-Ruiz, Carlo Arnò, Alfredo Ascoli, Giovanni Baviera, Cesare Bertolini, Pietro Bonfante, Gustavo Bortolucci, Giuseppe Borgna, Giuseppe Brini, Biagio Brugi, Francesco Buonamici, Evaristo Carusi, Pietro Cogliolo, Emilio Costa, Pietro Delogu, Francesco De Cillis, Alfredo De Medio, Ettore De Ruggiero, Roberto De Ruggiero, Salvatore Di Marzo, Carlo Fadda, Giuseppe Fugino, Lando Landucci, Giuseppe Leoni, Carlo Longo, Luigi

Lusignani, Flaminio Mancaleoni, Carlo Manenti, Antonio Marchi, Filippo Milone, Luigi Moriani, Giovanni Pacchioni, Muzio Pampaloni, Silvio Perozzi, Giulio Petroni, Salvatore Riccobono, Francesco Schupfer, Vittorio Scialoia, Gino Segrè, Gaetano Semeraro, Siro Solazzi, Pierpaolo Zanzucchi. Fra questi nomi di giuristi viventi, non può più ora trovar posto quello, carissimo ad ogni romanista, di Contardo Ferrini, fra i primissimi per l'ingegno, per la dottrina, per l'operosità meravigliosa, che la morte immatura rapiva, nell'autuno del 1902, agli studi prediletti [1].

CAPO XV.

Bibliografia dello studente.

Il risorgimento, cui assistiamo, degli studi di diritto romano, e la sua perduranza e i suoi progressi avvenire dipendono sovra tutto dalla conoscenza e dall'uso diretto delle fonti e delle opere che possono servire ad usarle e ad illustrarle.

[1] Non può qui essere taciuto il nome dell'autore di questo libro, Filippo Serafini (1831-1897), che a non pochi della ricordata schiera fu maestro; di tutti fido consigliere nei primi passi, liberalmente aprendo ai giovani, quasi palestra, l'*Archivio giuridico*. Acuto interprete dei testi, lucido e piano espositore della scienza, la bibliografia non pure dei moderni romanisti, ma degli antichi, che egli tenne giustamente in pregio, non ebbe segreti per lui. Come maestro a Pavia, a Bologna, a Roma, a Pisa, fu di rara eccellenza. Al buon metodo della scuola storica riuniva il pratico e rapido criterio del giurista italiano, sviscerando ai giovani, senza cadere in sottigliezze e vuote astrazioni, le più difficili dottrine, e li eccitava a proprie riflessioni e indagini con larga libertà di esame, consentita non con finta modestia, ma con verace convincimento dell'utile che si ritrae da una discussione fra maestri e scolari, a guisa dei nostri antichi. Ma l'ammirazione per il diritto romano non lo chiuse in un angusto ed esclusivo culto di esso a scapito della vita sociale di oggi. Egli era nondimeno persuaso del grande vantaggio che all'odierno diritto e in genere ai nuovi rami della Giurisprudenza arrecano l'esatto criterio e le buone abitudini mentali formate sui testi romani. Pisa, per volere dei cittadini, custodisce le ceneri di Filippo Serafini nel monumentale Cimitero; la storia della Giurisprudenza tramanda ai posteri il nome di lui, non soltanto come sommo romanista, ma anche come valido cooperatore dell'odierno risorgimento degli studi del diritto presso di noi.

Ci sembra conveniente terminare questa nostra Introduzione con un succinto elenco delle raccolte e delle opere strettamente necessarie a chiunque si accinga a coltivare il diritto romano.

Noi crediamo che le raccolte e le opere qui sotto enumerate debbano essere possedute da ogni studente fin dal primo corso dei suoi studi, anche come complemento di questa nostra opera. In ogni modo crediamo che debbano essere acquistate quelle precedute da un asterisco (*); le altre, seppure non possano essere comprate, perchè eccedenti le forze economiche dello studente, si consultino subito nelle biblioteche pubbliche o dei propri insegnanti, salvo a procurarsele, appena le circostanze lo permettano.

Lo studio delle Istituzioni di diritto romano richiede una triplice suppellettile di opere, vale a dire le fonti, i trattati sistematici di maggiore utilità pratica ed alcuni libri ausiliari. Di ciascuno di questi tre gruppi di libri indichiamo quali sembrano i principali e, ad un tempo, i più necessari, anzi gli indispensabili.

1. — Fonti.

* *Corpus iuris civilis.* (Vedi cap. XI).

* *Fontes iuris romani antiqui* del Bruns, 7ª edizione curata dal Gradenwitz. Tübingen 1909.

Collectio librorum iuris anteiustiniani, pubblicata dal Krueger, dal Mommsen e dallo Studemund, 3 volumetti. Berlino, ed. Weidmann, 1912.

Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt dell'Huschke, 6ª ed. curata da E. Seckel e B. Kübler, ed. Teubner-Lipsia 1911.

Palingenesia iuris civilis, del Lenel, 2 volumi, Lipsia 1889-1890.

Corpus iuris romani anteiustiniani, edito da una società di insigni professori dell'università di Bonn, quali il Böcking, il Bethmann-Hollweg, il Goeschen e l'Haenel, e noto col nome di *Corpus bonnense*. Due volumi, Bonn 1841-1842.

Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum, Lipsia 1857.

Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt, edito dal Bremer, Lipsia, 1896-1899.

Fontes iuris romani anteiustiniani, curato dai proff. Baviera, Ferrini e Riccobono. Firenze, Barbera 1909 [1].

2. — Trattati.

Lo studente deve sin da quando muove i primi passi nello studio del diritto romano sapere quali sono e poter consultare con facilità i principali

---

[1] [A queste fonti bisogna ora aggiungere, come indispensabile ausilio per lo studio del diritto romano, qualche raccolta di documenti giuridici che sempre più numerosi si scoprono nei papiri egiziani. Di tali raccolte la più commendevole, anche perchè contiene una pregevole introduzione storica del diritto ricavato da' papiri, è quella di L. Mitteis e U. Wilken intitolata *Grundzüge und Chrstomatie der Papyruskunde* (Leipzig 1912)].

trattati sistematici, che espongono le teorie del diritto romano in modo critico e profondo e fanno la storia delle interpretazioni tentate fino ai dì nostri.

Il numero loro è molto grande; anche dopo l'ultima elaborazione, dovuta alla scuola storica, o all'impulso che partì da essa, se ne sono pubblicati molti e di grande e svariato pregio. Per lo scopo che ci proponiamo qui, basti ricordarne tre, sovratutto i primi due perchè volti nella lingua nostra.

* Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette,* volume I, parte prima, 4ª edizione, Bologna 1882; volume II, 3ª edizione, 1880; volume III, 2ª edizione, Bologna 1879. (Il titolo originale di questa opera è: *Lehrbuch der Pandekten,* di cui l'ultima edizione, la 13ª, è curata dai professori Pfaff e Hofmann, Vienna 1893). Ora è in preparazione una nuova edizione presso la Unione Tipografico-Editrice-Torinese.

Windscheid, *Diritto delle Pandette,* versione italiana dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino 1887. (Il titolo originale di questa opera è: *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 7ª edizione, Francoforte sul Meno 1891).

Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten,* 7ª ediz., Marburg 1865 [1].

A queste tre opere generali, che riassumono tutta la elaborazione scientifica del diritto romano sino ai tempi recenti, deve essere aggiunto, quasi solida base dell'edificio della scuola storica, il classico trattato:

Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts,* Berlino, 8 vol., 1840-1849. Di questo è buona la traduzione francese del Guenoux *(Traité de droit romain,* Parigi 1840-1852), 2ª edizione, 1855-1859), ottima quella italiana dello Scialoja (*Sistema del diritto romano attuale,* Torino 1886-1897).

Fra i trattati di Istituzioni di diritto romano meritano essere indicati quelli del Brugi, *Ist. di diritto priv. giustinianeo,* vol. 2, Padova 1910-11; del Bonfante, *Ist. di dir. rom.* (5ª edizione Milano 1912); del Perozzi, *Ist. di dir. rom.,* vol. 2, Firenze 1906-1908.

3. — Libri ausiliari.

La storia del diritto romano è la scienza che più d'ogni altra serve di complemento alla esposizione sistematica del diritto romano. Fra i molti trattati, che ne sono usciti in questi ultimi anni, ci pare che possa riuscire sufficiente quello, che abbiamo, più d'ogni altro, seguìto in questa Introduzione, vale a dire:

* Landucci *Storia del diritto romano dalle origini fino a Giustiniano,* Padova, 2 volumi.

Essa però non deve far dimenticare in alcun modo l'altra precedente per il tempo in cui fu pubblicata e notevole per le idee originali che contiene di molto pregio, sebbene meno adatta ai principianti:

---

[1] Il più recente fra i trattati di diritto romano è il *System des römischen Recht der Pandekten* di H. Dernburg, nell'8ª ed. curata da P. Sokolowski (Berlin-Müller 1911 e 1912).

PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, Firenze 1886 [1].

Oltre queste ci sembra conveniente ricordare, sebbene non volte nella lingua nostra, le opere seguenti: BRUNS-PERNICE, *Geschichte und Quellen des römischen Rechts*, che fa parte della *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* dello Holtzendorff, Lipsia, 5ª edizione pag. 95-183.

KRUEGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* (München und Leipzig 1912) (tradotto in francese dal BRISSAUD, *Histoire des sources du droit romain*, Parigi 1891).

Dopo la storia del diritto romano sono di grande importanza per lo studioso le antichità giuridiche, e sovratutto il diritto pubblico: basti di questo ordine di studi, che ha fatto tanti progressi ai tempi nostri, ricordare:

Handbuch der römischen Alterthümer (manuale delle antichità romane) in 7 volumi, cioè: vol. I-II: *Römisches Staatsrecht* (Diritto pubblico romano) del MOMMSEN, Berlino 3ª ed., 1893; vol. IV-VI: *Römische Staatsverwaltung* (Amministrazione pubblica romana), Lipsia, 2ª ediz., 1881, del MARQUARDT; vol. VII, diviso in due parti: *Das Privatleben der Römer*, Lipsia 1879, esso pure del Marquardt. Quest'opera è stata tradotta splendidamente in francese sotto la direzione dell'Humbert.

Il diritto pubblico romano, di ENRICO SERAFINI, di cui è uscito il primo volume, Pisa 1896.

Infine ricordiamo i periodici che ci sembrano di maggior momento dal punto di vista del diritto romano e che lo studente deve subito ricercare e abituarsi a consultare:

Archivio giuridico, diretto da FILIPPO SERAFINI, Pisa 1868 e seg. Dopo la morte di questo incominciatasene una nuova serie col titolo *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, e diretto da Enrico Serafini, Modena 1898 e seg.

Rivista italiana per le scienze giuridiche, diretta da FRANCESCO SCHUPFER e da GUIDO FUSINATO, 1886 e seg. (Roma-Athenaeum).

Bullettino dell'Istituto di diritto romano, diretto da VITTORIO SCIALOJA, Roma 1888 e seg.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 15 volumi, 1815-1850; prosegue col titolo: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 13 vol., 1862-1878; oggi esce col titolo: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1880 e seg.

Zeitschrift für privat und öffentliches Recht, diretta dal GRUENHUT, Vienna 1878 e seg.

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, Parigi 1887 e seg.

Revue générale du droit, Parigi 1887 e seg.

---

[1] È in corso di pubblicazione presso la Società Editrice *Athenaeum* la *Storia del diritto romano* del prof. Salvatore Di Marzo, dell'università di Palermo.

Molto recente è anche la *Storia del diritto romano privato di* E. COSTA (Torino 1911). Infine assai pregevole nella sua brevità è la *Romische Rechtsgeschichte* di R. MARY (Leipzig-1912).

ISTITUZIONI
DI
DIRITTO ROMANO
COMPARATO COL DIRITTO CIVILE PATRIO

LIBRO PRIMO

TEORIE GENERALI[1]

CAPO I.
Dei diritti in generale.

§ 1.
Concetto e divisione dei diritti.

Il diritto in senso obbiettivo *(regula agendi)* è la norma o il complesso delle norme prescritte alle azioni umane e la cui osservanza è garantita dal potere sociale. Queste norme o regole stabiliscono delle prerogative a favore di certe persone o impongono doveri ad altre; queste prerogative derivanti dal diritto obbiettivo e da esso garantite chiamansi diritto in senso subiettivo *(iura)*.

Preso in questo significato subbiettivo, il diritto suole definirsi la facoltà riconosciuta e protetta dallo Stato di far certi atti o di pretendere che altri faccia od ometta di far qualche cosa nel nostro interesse.

[1] Un'ampia trattazione di questa parte del diritto romano ha fatta nell'anno scolastico 1912-13 il senatore V. Scialoja, professore della Università Romana. Le sue lezioni, raccolte stenograficamente dall'avv. Vittore Bonfigli, si trovano presso la società editrice *Athenaeum*.

I diritti in senso subbiettivo hanno per necessario correlativo i doveri, e, secondochè il dovere corrispondente ad un diritto è una mera conseguenza del diritto, o ne costituisce tutto il tenore, i diritti sono assoluti o relativi.

Diritti assoluti. — Come si è detto, i diritti diconsi assoluti, quando il dovere ad essi corrispondente è una *mera conseguenza* del diritto stesso. Così, per esempio, se io ho il diritto di proprietà di una cosa, io posso fare della cosa mia quello che più mi piace, ed è dovere di tutti di non turbare l'esercizio del mio diritto; ora questo mio diritto non consiste già nel dovere che a tutti incombe di rispettare la mia proprietà, bensì nella proprietà stessa, cioè nella facoltà che io ho di disporre a modo mio della cosa che mi appartiene. Il dovere dei terzi adunque non è che una *conseguenza* del mio diritto.

Diritti relativi. — Diconsi relativi i diritti, quando il dovere ad essi corrispondente costituisce *tutto il tenore* del diritto stesso. Così per esempio, se io ho un credito di mille lire verso Tizio, tutto il mio diritto consiste nell'obbligazione che ha Tizio di pagarmi quelle mille lire di cui mi è debitore: tostochè Tizio ha adempito a questa sua obbligazione, il mio diritto è estinto.

Esaminando attentamente i diritti assoluti e relativi, si vede tosto che il dovere corrispondente ai primi è sempre negativo ma generale, e quello corrispondente ai secondi può essere positivo, ma incombe soltanto a una o più persone determinate. Di qui è venuto che alcuni autori chiamano assoluti i diritti che si possono far valere contro tutti, e relativi quelli che si possono far valere soltanto verso una o più determinate persone. Il fatto sta; ma il vero carattere distintivo dei diritti assoluti e relativi, non è già quello di poterli far valere contro tutti o contro pochi, ma sta nella corrispondenza universale fra diritti e doveri. Da questa corrispondenza universale poi risulta la conseguenza che nei diritti assoluti il dovere incombe a tutti ed è puramente negativo, mentre nei diritti relativi esso non incombe che ad una o a più determinate persone e può essere un dovere positivo.

I diritti assoluti abbracciano, limitandosi al diritto privato,

i diritti riguardanti la propria persona, i diritti di famiglia, ossia riguardanti il vincolo famigliare, e quella parte di diritti patrimoniali che si conoscono sotto il nome di diritti reali (*iura in re*). I diritti relativi invece costituiscono l'altra parte di diritti patrimoniali, a cui si dà il nome di diritti di obbligazione, e si chiamano anche diritti di credito o anche diritti patrimoniali personali (*iura in personam seu obligationes*).

I diritti privati (oltre quelli concernenti la propria persona) si dividono per l'appunto in due grandi categorie, cioè in diritti di famiglia e in diritti patrimoniali.

DIRITTI DI FAMIGLIA. — I diritti di famiglia consistono in una relazione meramente personale di più persone tra loro, in forza di cui l'una è in qualche modo soggetta all'altra, e tutte hanno diritti e doveri reciproci, che *immediatamente* e *indirettamente* non riguardano che la persona, come, per esempio, le relazioni fra genitori e figlioli, fra marito e moglie e simili.

DIRITTI PATRIMONIALI. — I diritti patrimoniali sono quelli che si riferiscono ai beni esterni della natura, ossia al patrimonio di una persona. Essi si suddividono alla loro volta in diritti reali e in diritti di obbligazione. Questi ultimi si chiamano anche diritti patrimoniali personali.

DIRITTI REALI (*iura in re*). — I diritti reali hanno per oggetto *immediato* una cosa, la quale viene ad essere direttamente soggetta al nostro potere. Essi possono definirsi: un potere giuridico immediato sopra una cosa corporale. La nozione di questi diritti reali non presenta che due soli elementi, cioè una persona a cui compete il diritto o la cosa corporale che ne forma l'oggetto. Per tal modo il diritto reale si presenta sempre come un rapporto immediato fra persona e cosa. Tale, per esempio, è il diritto di proprietà. Questo diritto si compone infatti di due soli elementi, cioè del proprietario e della cosa corporale, che forma oggetto della proprietà. Il diritto di proprietà colpisce direttamente la cosa, che ne forma l'oggetto, senza che sia necessario l'intervento di altra persona. Lo stesso dicasi di tutti gli altri diritti reali, che sono le servitù, l'enfiteusi, la superficie e il diritto reale di pegno e di ipoteca. Il carattere distintivo di tutti i diritti reali è, come abbiamo detto, l'estrinsecazione immediata e diretta del nostro potere giuridico sopra una cosa corporale.

DIRITTI DI OBBLIGAZIONE *(iura in personam)*. — I diritti di obbligazione sono quelli che si hanno contro una determinata persona, la quale sia costretta a dare o fare qualche cosa. Essi potrebbero definirsi un diritto alla prestazione ossia al fatto di una terza persona. Come si vede, la nozione dei diritti di obbligazione presenta non due ma *tre* elementi, cioè in primo luogo una persona a cui compete il diritto (creditore), in secondo luogo una persona determinata contro cui quel diritto compete (debitore) e in terzo luogo il fatto ossia la prestazione che il creditore può pretendere dal debitore.

Di regola avviene che anche per mezzo di un diritto di obbligazione possiamo ottenere una cosa che altri siasi obbligato a darci; ma la cosa è così poco essenziale all'esistenza di quel diritto, che esso esisterebbe quand'anche divenisse impossibile l'ottenerla. E viceversa i diritti reali cessano tostochè venga a mancare la cosa che ne forma l'oggetto. E qui si presenta la somma importanza pratica della distinzione fra i diritti reali e i diritti di obbligazione. I diritti reali hanno per oggetto immediato una *cosa corporale*, i diritti di obbligazione hanno per oggetto immediato il *fatto* di una terza persona: i diritti reali consistono in ciò che noi possiamo agire giuridicamente sopra una cosa corporale, e disporne in tutto o in parte a seconda dei casi, ma non possono mai consistere in ciò che altri dia o faccia qualche cosa; in quella vece i diritti di obbligazione non stabiliscono alcun rapporto diretto tra noi e la cosa che una terza persona si è obbligata a dare o fare, ma essi consistono sempre ed esclusivamente in ciò che noi possiamo pretendere che quella persona dia o faccia quello a cui si è obbligata: i diritti reali si possono far valere contro tutti coloro che volessero porre ostacoli all'esercizio del nostro diritto; per contrario i diritti di obbligazione non possono farsi valere che contro la persona obbligata.

§ 2.

Diritto normale e diritto anomalo. — Privilegi in stretto senso.

In rapporto alla ragione per la quale le norme giuridiche vennero costituite, ed alla conseguente maggiore o minore estensione

della loro applicabilità, esse si distinguono in diritto normale (*ius commune*) ed in diritto anomalo (*ius singulare, beneficium, privilegium*).

DIRITTO NORMALE (*ius commune*). — Il diritto normale è quello stabilito da una regola giuridica destinata a valere tutte le volte che ne concorrano i presupposti, indistintamente per qualsiasi persona, cosa, o rapporto, fino a che non vi si opponga una speciale disposizione di legge. Per esempio, è principio giuridico generale che chi compra un oggetto ne debba pagare il relativo prezzo. Ogni qualvolta adunque taluno avrà venduta una cosa per un determinato prezzo, avrà diritto di chiederne il pagamento, e questo suo diritto è un diritto normale, perchè fondato sopra una regola giuridica generale applicabile a tutti quelli che si trovano in quelle date condizioni prevedute dalla legge.

DIRITTO ANOMALO (*ius singulare*). — Il diritto anomalo o singolare è quello, per speciali ragioni, stabilito a favore di una determinata categoria di persone, di cose, o di rapporti (*propter aliquam utilitatem, iure singulari, benigne, utilitatis causa receptum*) [1]. Tali norme considerate in rapporto alle persone ed alle cose o rapporti a favore dei quali furono stabilite si chiamano *beneficia iuris, beneficia legis* o anche *privilegia* in senso lato.

Siccome appunto tali norme costituiscono un'eccezione al diritto comune o normale, così a riguardo di esse e specialmente della loro applicazione dicevano i giureconsulti romani che *quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* [2]. Il che però non significa che sia esclusa l'interpretazione estensiva, la quale infatti anche in diritto romano si ebbe riguardo ad alcuni principii di *ius singulare* in misura estesissima [3], ma raccomanda bensì di tenere presente che relativamente a tali norme siamo in materia di eccezione e che perciò quando viene meno la ragione particolare di essa torna a valere il principio generale.

---

[1] PAULUS, fr. 16, *de legibus*, I, 3: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

[2] Id., fr. 14, *de legibus*, I, 3.

[3] Per es. riguardo al senatoconsulto Velleiano.

PRIVILEGI. — Appartengono pure al diritto anomalo, ossia costituiscono un' eccezione all'*ius commune*, pur essendo sostanzialmente distinte dall' *ius singulare*, le norme giuridiche che furono stabilite a favore di determinati individui per considerazioni affatto personali.

Anche tali norme giuridiche, ed il diritto che ne conseguiva per coloro a favore dei quali erano stabilite, erano dette dai romani *privilegia*, privilegi in senso stretto.

Appunto perchè questi privilegi, invece di fondarsi sopra una regola valevole per tutti (come è del diritto comune) o per tutta una data classe di persone, cose, o rapporti (come è del diritto singolare), riposano sopra una disposizione eccezionale in favore di uno o più determinati individui (*lex in privos lata*), senza che se ne possano valere altre persone, quand'anche si trovino nelle identiche condizioni: essi implicano quasi sempre una violazione al principio dell' uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e sono perciò da riprovare [1].

Ciò che non è invece dell' *ius singulare*.

Così, ad esempio, è un principio di *ius singulare*, un beneficio di legge, quello dei minori di potere chiedere la restituzione in intiero, in caso di lesione, nei contratti da essi conchiusi (§ 46). Che siffatto beneficio di legge non sia un privilegio risulta da ciò che chiunque si trova in quelle medesime condizioni può approfittarne. Lo stesso dicasi del beneficio accordato ai soldati di poter testare senza le formalità prescritte pei testamenti ordinari (§ 186); delle disposizioni emanate a favore delle donne, dei figli di famiglia, degli assenti e di altre classi di persone. La norma giuridica, da cui le donne, i minori, i figli di famiglia, i soldati, gli assenti, ecc., derivano quel dato beneficio, è bensì una norma singolare dettata da motivi di pubblica utilità, ma non è una *lex in privos lata*, inquantochè non è fatta per alcuni individui determinati, ma per tutte quelle persone che si trovano in quella tal condizione. È un errore quindi quello di confondere i beneficii di legge accordati a queste classi di persone coi pri-

---

[1] CICERO, *Pro domo*, XVII, 43: *Vetant XII tabulae leges privatis hominibus irrogari, id est privilegium*.

vilegi, che per essere affatto eccezionali non meritano se non un accenno fugace e non hanno valore teorico di sorta.

CAPO II.

Dei subbietti dei diritti ossia delle persone.

§ 3.

Concetto di persona [1].

Ogni diritto suppone necessariamente un subbietto cui esso compete. Questo subbietto chiamasi persona. Persona adunque è soltanto colui che è riconosciuto capace di diritti. In altri termini nella sfera del diritto il concetto di personalità coincide con quello di subbiettività giuridica.

In base alla posizione che l'uomo occupa nell'ordine giuridico il concetto primitivo di persona è sinonimo di quello di uomo. D'onde consegue che, secondo quest'idea primitiva, ogni uomo dovrebbe essere persona, e nessun altro fuori di lui; ma questa identità di concetto non è riconosciuta dalle leggi romane. Le quali, restringendo o allargando l'idea primitiva, negarono la personalità a certi individui umani, e d'altra parte la concedettero ad esseri non umani. E così ammettonsi in diritto romano persone che non sono individui umani, ed esistono degli uomini che non sono persone, cioè gli schiavi.

Nel diritto moderno, e più specialmente nel diritto civile italiano, non esistono più gli schiavi, poichè tutti gli uomini sono riconosciuti come capaci di diritto, ossia come persone; ma anche pel Codice civile esistono persone che non sono esseri umani, e quindi tanto per diritto romano quanto per diritto civile moderno si deve dare della persona la seguente definizione: persona è ogni ente che la legge considera capace di diritti. Ora siccome questa capacità giuridica viene attribuita non solo ad individui

[1] Cfr. per le origini della parola Schlosmann: Persona und πρόσωπον im Recht und im christlichen Dogma, Kiel und Leipzig 1905.

umani, ma ben anche ad enti diversi, così le persone si dividono in fisiche e giuridiche.

§ 4.

Requisiti della personalità fisica.

Persona fisica è l'uomo fornito di capacità giuridica. Due adunque sono i requisiti della fisica personalità, cioè l'esistenza di un individuo umano e la capacità giuridica del medesimo.

ESISTENZA DELL' UOMO. — Non si può parlare dell' esistenza di un uomo, se non quando esso è nato vivo, vitale e con forma umana.

L'uomo dev'essere *nato*. Perchè l'uomo possa dirsi nato richiedesi la perfetta separazione dal corpo della madre, senza riguardo poi ai mezzi impiegati per ottenere quella separazione, la quale può avvenire anche con mezzi artificiali [1]. Il feto nell' alvo materno non è che un embrione che forma parte delle viscere materne [2].

Sebbene il feto non sia giuridicamente un uomo, ma soltanto una speranza d'uomo, la legge rispetta in lui la futura umanità e gli riserva i diritti pel caso che col nascimento acquisti la capacità giuridica [3].

Alla difesa dei diritti riservati al nascituro [4] le legge prepone un curatore [5].

---

[1] ULPIANUS, fr. 12, pr. *de liberis et post. her.*, XXVIII. 2.

[2] Id., fr. 1. § 1, *de inspiciendo ventre*. XXV. 4: *Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.* Lo stesso è detto da PAPINIANO, nel fr. 9. § 1, *ad legem Falcid.*, XXXV. 2: *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

[3] PAULUS, fr. 7, *de statu hominum*, I. 5: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.* Vedi anche fr. 231, *de V. S.*, L. 16; fr. 3. *si pars hereditatis petatur*, V. 4 e JULIANUS, fr. 26, *de statu hominum*, I, 5.

[4] *Nasciturus* chiamasi il concepito non peranco nato.

[5] MODESTINUS, fr. 20, *de tutoribus et curat.*, XXVI. 5: *Ventri* tutor *a magistratibus populi romani dari non potest*, curator *potest; nam de curatore constituendo edicto comprehensum est.* Lo stesso principio è sancito dall'art. 236 del nostro Codice civile. Vedi anche gli art. 724, 764 e 1053.

In secondo luogo l'uomo dev'essere nato *vivo*. Se l'infante muore prima di essere separato dalla madre, sia che la morte avvenga nell'alvo materno, sia che avvenga durante il parto, esso si considera come non nato [1], e però non può nè acquistare nè trasmettere diritti. Quanto alla prova della vita del neonato, i Proculiani ritenevano come condizione indispensabile che egli avesse fatto udire la sua voce, i Sabiniani al contrario si contentavano di qualunque altro segno di vita; e questa ultima sentenza venne accolta come la più giusta anche da Giustiniano [2]. La prova che una persona sia nata viva incombe a colui che da quel fatto intende derivare dei diritti. Invero ognuno deve provare concludentemente l'esistenza di tutti quei fatti che formano la base giuridica della sua domanda. Di qui viene inoltre che se il fatto della nascita è provato o non è contestato, ma la controversia si aggira intorno all'essere quella persona stata vivente al momento in cui sorsero i diritti che si reclamano in nome suo, spetta a chi afferma che a quel tempo quella tal persona era ancora viva il darne la prova [3].

In terzo luogo il parto deve essere *vitale*, vale a dire l'infante deve aver raggiunta nel corpo della madre la maturità necessaria alla continuazione indipendente della vita. Un parto non ancora maturo, che non può continuare la vita, se non in unione colla madre, non può conseguire alcuna capacità giuridica per effetto della sua uscita dal seno materno, dalla quale anzi viene condotto a necessaria morte. Un tal parto mancato *(abortus)* è piuttosto da parificare all'infante nato morto, ed, al pari di questo, egli dev'essere considerato come non mai esistito [4].

Perchè l'infante sia vitale non è però necessario che sia nato

---

[1] Fr. 129. *de V. S.*, L. 16 (PAULUS, lib. I, *ad legem Iuliam et Papiam*): *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur.*

[2] C. 3, Cod., *de postumis hered. instit.*, VI, 29.

[3] Così è stabilito anche dal Codice civile italiano (art. 42).

[4] PAUL., *Sent.*, IV, 9, § 6. *Abortus et abactus venter partum efficere non videtur.* Vedi anche la c. 2, Cod., *de post. her. inst.*, VI, 29; il § 1, Inst., *de exher. liber.*, II, 13; e PAUL., *Sent.*, IV, 9, § 1, ove si legge: *Matres tam ingenuae quam libertinae vires romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo* VIVOS ET PLENI TEMPORIS *pariant.*

almeno nel settimo mese dopo il concepimento, come a torto pretendono gli antichi interpreti del diritto romano. Il frammento di Paolo, sul quale si fondano, non suffraga minimamente la loro teoria altrettanto arbitraria quanto pericolosa; dappoichè quel frammento dice semplicemente che un infante nato nel settimo mese di matrimonio si deve presumere legittimo, ma non dice affatto che chi sia nato prima manca necessariamente della vitalità; quel frammento adunque non si riferisce alla capacità giuridica [1].

Non bisogna quindi prender equivoco sulla parola *vitalità*. Parto non vitale, nel senso vero e proprio della parola, indica parto abortivo, ossia un feto che all'uscita dal seno materno è ancora in istato di embrione, e quindi pel difetto di maturità non può continuare la sua vita fuori dell'alvo della madre e indipendemente da essa. Il più delle volte un simile infante non vitale o viene al mondo già morto, o muore durante il parto, ma può benissimo accadere, ed anzi accade non tanto di rado, che esso viva anche dopo la nascita, muoia dipoi per mancanza della vitalità, e in tal caso è come se non fosse mai nato.

Anche il nostro Codice, senza adottare la falsa dottrina di coloro che ricusano la capacità giuridica a chi è nato prima di centottanta giorni dalla gestazione [2], si limita a stabilire in genere che la vitalità è condizione della capacità di diritto, con che fa conoscere che lascia ai giudizi particolari di determinare, tenuto conto della costituzione del feto, se esso sia o no vitale [3]. In dubbio si presume la vitalità [4].

---

[1] PAULUS, fr. 12, *de statu hom.*, I, 5: *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.* Vedi il vol. II, § 170.

[2] Alcuni autori insegnano doversi ritenere non vitale chi è nato prima di 180 giorni dal concepimento, quand'anche fosse vissuto per qualche tempo, e ciò in appoggio all'art. 160 Codice civile! Questo articolo stabilisce semplicemente la presunzione della *legittimità* del figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, e non si occupa nè punto nè poco della questione della *vitalità*. Vedi vol. II, § 170.

[3] Cod. civ., art. 161, n. 3; art. 724, n. 2; art. 764 e 1083.

[4] Cod. civ., art, 724, ultimo capoverso.

Da non confondersi col caso dell'infante non vitale è quello di colui che, nato dopo il tempo ordinario della gestazione, è affetto da un vizio organico che rende impossibile il prolungarsi della sua esistenza (non vitalità impropriamente detta). Un tale infante non manca della vitalità in senso proprio della parola, e quindi non può perciò solo essere privato della personalità. E difatti per l'infante, che nel seno materno ha già raggiunto la maturità necessaria a poter continuare indipendentemente la vita fuori del medesimo, l'unione colla madre è l'*unico* ostacolo alla capacità giuridica. Questo ostacolo cessa appena che l'infante è nato per intiero. Or bene, un infante che ha raggiunto una volta la capacità giuridica non può più esserne privato retroattivamente per la morte verificatasi, in modo che debbasi ritenere ch'egli non sia mai stato persona. E nulla può influire la quantità di tempo che l'infante è vissuto, nè la qualità della causa per cui è seguìta la morte; insomma, basta che il parto abbia superato lo stato embrionale e perciò abbia condotto una vita indipendente, lunga o breve. Ma la cosa corre ben diversamente col parto che muoia prima di aver superato lo stato di embrione. Siccome egli non ha avuto in genere la capacità di vivere indipendentemente, fuori dell'alvo materno, così non si può parlare con verità di una vita in senso proprio. Egli non fu che germe e speranza di un uomo; la morte ha deluso questa speranza ed ha impedito che il germe si svolgesse per diventare uomo [1].

La *forma umana* è l'altro dei requisiti per l'esistenza di un uomo: i mostri ed i prodigi non si considerano come uomini, nè sono dalle leggi protetti [2].

---

[1] Vedi WAECHTER, *De partu vivo non vitali*, Lipsiae 1863-1866; WINDSCHEID, *Pandekten*, I. § 52, nota 8. — Alcuni autori non fanno differenza alcuna fra non vitalità propria ed impropria, e negano la personalità giuridica anche al parto *maturo*, quando per un vizio organico non può continuare la vita; altri affermano la personalità giuridica di ambedue i casi. La teoria da noi esposta ci sembra più conforme ai principii del diritto, meno pericolosa, meno arbitraria e di più facile applicazione.

[2] PAULUS, fr. 14, *de statu hominum*, I, 5.

CAPACITÀ GIURIDICA DELL'UOMO. — Secondo i principii generali del diritto, basta essere un uomo per essere persona; ma per diritto romano l'uomo come tale non è persona, ma soltanto quell'uomo che dalla legge è riconosciuto capace di diritti. Ora questa capacità è negata dalle leggi romane agli schiavi, i quali, anzichè essere subbietti di diritti, si considerano come oggetto del diritto altrui; la libertà adunque è il fondamento principale e indispensabile di ogni e qualsiasi personalità, cioè della capacità giuridica in genere. Essa però non basta da sola per attribuire i diritti *civili*, perchè questi non competono che al cittadino romano: la cittadinanza romana, adunque, è il fondamento principale della personalità civile. Per avere poi la *piena* capacità dei diritti civili e politici è necessario che il libero cittadino romano appartenga ad una famiglia agnatizia, dappoichè presso i Romani l'agnazione è la base di tutti i diritti politici e di parecchi diritti civili. Per tal modo la libertà, la cittadinanza e la famiglia costituiscono in diritto romano il fondamento della capacità giuridica, civile e politica, e costituiscono lo stato propriamente detto delle persone (*caput*). Si dànno adunque tre condizioni giuridiche o stati, cioè lo stato di libertà, lo stato di cittadinanza, lo stato di famiglia: *tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam* [1].

§ 5.

Dello stato di libertà.

LIBERTÀ E SCHIAVITÙ. — Per diritto romano gli uomini sono liberi o schiavi [2].

I Romani, massime ai tempi dei giureconsulti classici, riconoscono la schiavitù istituto del diritto delle genti; chè per natura dicevano gli uomini liberi ed eguali [3].

L'uomo libero era colui che non era oggetto del dominio altrui, ma padrone di sè. Gli uomini liberi si distinguevano poi

[1] PAULUS, fr. 11, D., *de capite minutis*, IV, 5.

[2] GAI., *Inst.*, I, § 9: *Summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* Vedi pure pr. Inst., *de iure person.*, I, 3.

[3] FLORENTINUS, fr. 4, § 1. *de statu hom.*, I, 5. Cf. § 2, Inst., I, 3.

in ingenui e libertini. Ingenuo è chi è nato libero e non ha mai cessato di esserlo; libertino chi ha ottenuto la libertà mediante liberazione da una giusta schiavitù [1].

Se il padrone liberava lo schiavo in modo che la libertà non dovesse spettargli che dopo un certo tempo, nello intervallo lo schiavo dicevasi *statu liber* [2].

Lo schiavo non era padrone di sè, ma era semplicemente obbietto del dominio altrui; perciò, dal punto di vista giuridico, non vi erano differenze fra gli schiavi [3]. La schiavitù era la negazione della personalità, e lo schiavo era una cosa commerciabile al pari dei cavalli, muli, asini e via discorrendo [4]. Se il padrone abbandonava il suo schiavo, questi non acquistava la padronanza di sè, ma rimaneva giuridicamente schiavo (*servus sine domino*), era considerato come una cosa derelitta (*res derelicta*), che cadeva in proprietà del primo occupante, precisamente come se si trattasse di un animale selvaggio o di un'altra cosa senza padrone [5].

Il padrone valevasi dello schiavo come del giumento nelle opere. Incapace di diritti e di obbligazioni, lo schiavo non poteva acquistare che pel suo padrone [6]. Così gli schiavi furono uno dei più grandi strumenti di utilità del padre di famiglia romano

---

[1] Gai., *Inst.*, §§ 10-11: *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt alii libertini. Ingenui sunt qui liberi nati sunt: libertini qui ex iusta seruitute manumissi sunt.* Cf. pr. Inst., *de ingenuis*, I, 4 e fr. 6, *de statu hom.*, I, 5. Si è detto *giusta* servitù, perchè se un uomo libero, creduto erroneamente servo, viene liberato dal suo padrone putativo, non cessa di essere ingenuo, perchè giuridicamente è stato sempre libero.

[2] Ulpian., *Reg.*, II, §§ 2-3: *Qui sub condicione testamento liber esse iussus est, statu liber appellatur. Statu liber, quamdiu pendet condicio, seruus heredis est.* Vedi anche Gai., *Inst.*, II, 200; Fr. 9, pr. *de statu lib.*, XL, 7.

[3] § 5, Inst., *de iure person.*, I, 3: *In seruorum condicione nulla differentia est; in liberis multae differentiae sunt.*

[4] Gaius, fr. 2, § 2, *ad legem Aquiliam*, IX, 2; Ulpianus, fr. 5, § 3, *usufructuarius quemadmodum caveat*, VII, 9; Ulpian., *Reg.*, XIX, 1.

[5] Javolenus, fr. 36, *de stipulatione seruorum*, XLV, 3; Ulpianus, fr. 38, § 1, *de noxalibus actionibus*, IX, 4.

[6] Gai., *Inst.*, I, 52: ..... *et quodcumque per seruum adquiritur, id domino adquiritur*; fr. 1, § 1, *de his qui sui vel alieni iur. sunt*, I, 6; § 1, Inst., *eod.*, I, 8.

ed il modo di valersene fu vario secondo i diversi stadii della romana civiltà. Essi venivano impiegati nella cultura delle terre, nei lavori domestici, nel commercio, nella navigazione e nelle arti meccaniche. Potevano bensì far contratti, amministrare un peculio, ricevere legati e donazioni, dirigere un negozio od un naviglio, ma in tutti questi casi essi non erano che un mezzo, ossia uno strumento del loro padrone. Ogni qualvolta adunque partecipavano ai negozi giuridici, gli schiavi non vi figuravano in nome proprio, nè quali mandatari, ma come puri strumenti e quasi una lunga mano del loro padrone, il quale, invece di parlare colla propria voce o di scrivere colla propria mano, adoperava la voce e la mano del suo schiavo [1]. Naturalmente anche sulla persona dello schiavo il diritto del padrone non aveva limiti [2]; ma agli abusi feroci di tale diritto fu messo un limite dalla legislazione imperiale, che difese lo schiavo contro le sevizie e punì come omicida il padrone, il quale *sine causa legibus cognita* avesse ucciso il proprio servo [3].

ORIGINE DELLA SCHIAVITÙ. — Gli schiavi sono tali per nascita o per un fatto posteriore (*nascuntur aut fiunt*). Nascono schiavi i figli di una donna schiava. Nel diritto antico questo principio vigeva in tutto il suo rigore, per cui se il figlio era stato concepito da donna libera, ma questa cadeva in schiavitù prima del parto, il figlio nasceva schiavo [4]. Il quale principio venne modificato, ed in favore della libertà fu stabilito che i figli di donna schiava, che fosse stata libera anche un solo momento durante la gestazione, dovessero ritenersi liberi [5].

---

[1] GAI., *Inst.*, II, §§ 86-94; III, §§ 163-167; ULPIAN., *Reg.*, XIX, §§ 18-21; §§ 1-4, Inst., *per quas person. nob. adquir.*, II, 9.

[2] Id., *Inst.*, I, 52: ..... *nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse.* Cfr. § 1, Inst., *de his qui sui vel al.*, I, 8.

[3] Id., *Inst.*, I, 53; § 2, Inst., *de his qui sui vel al.*, I, 8.

[4] Id., *Inst.*, I, 89: ..... *nam hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur..... at hi qui legitime concipiantur, ex conceptionis tempore statum sumunt.* — ULPIAN, *Reg.*, V, 8-10 e fr. 24, D., *de statu hom.*, I, 5.

[5] PAUL., *Sent.*, II, 24, §§ 1-3; Cfr. pr. Inst., *de ingenuis*, I, 4; MARCIANUS, fr. 5, §§ 2-3, D., *de statu hominum*, I, 5.

Molte erano le cause per cui un uomo libero diventava schiavo per un fatto posteriore alla nascita; una di queste cause, cioè la prigionia di guerra, era *iuris gentium*, cioè valeva presso tutti i popoli dell'antichità; le altre erano proprie del diritto civile romano.

Perdita della libertà per diritto delle genti. — Come abbiamo detto, la causa, posteriore alla nascita, che dava origine alla schiavitù per diritto delle genti, era la prigionia di guerra.

Era massima del diritto internazionale antico che i belligeranti si considerassero reciprocamente come privi di personalità, come oggetto di occupazione. Di qui nasceva che tutto ciò che veniva tolto al nemico apparteneva all'occupante, e anche i prigionieri facevano parte del bottino di guerra [1]. E questo diritto era reciproco, per cui diventavano schiavi tanto i cittadini romani che cadevano nelle mani dell'inimico, quanto i nemici che venivano fatti prigionieri dai romani, semprechè, s'intende, ciò avvenisse in una guerra fra nazione e nazione e non in guerra civile [2]. Che se taluno fosse caduto in mano dei masnadieri, egli era bensì di fatto privato dell'esercizio della sua libertà, ma non diventava schiavo (*in servitute sed non servus*). Lo stesso era di coloro che perdevano la libertà di fatto negli scontri di una guerra civile.

In relazione stretta colla prigionia di guerra stanno il diritto di postliminio e la finzione della legge Cornelia. Per diritto di postliminio, se i prigionieri di guerra riuscivano a sottrarsi alla prigionia, passando i confini del territorio nemico (*limina*), e dopo giungevano nel territorio romano, tornavano a godere della piena tutela del diritto [3].

---

[1] § 17, Inst., *de rer. div.*, II, 1: *Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur.* V. anche fr. 5, § 7; fr. 7 e fr. 51, *de adquir. rer. dom.*, XLI, 1, ed il § 3, Inst., *de iure person.*, I, 3: *Servi autem ex eo appellati sunt quod imperatores captivos vendere iubent ac per hoc servare, nec occidere solent. Qui etiam mancipia dicti sunt, quod ab hostibus manu capiuntur.*

[2] Pomponius, fr. 5, § 2, *de captivis et de postliminio*, XLIX, 15: *quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit.*

[3] Ulpian., *Reg.*, X, 4: *Si pater ab hostibus captus sit, quamvis servus hostium fiat, tamen cum reversus fuerit, omnia pristina iura recipit iure postliminii. Sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio eius interim pendebit, et cum*

Se poi morivano in prigionia, per una benigna interpretazione della legge Cornelia, si consideravano come morti nel momento in cui stavano per essere fatti prigionieri, e per conseguenza come morti quando erano nel pieno esercizio della loro libertà [1]. Per tale finzione restavano validi i loro testamenti, ed in mancanza di testamento succedevano gli eredi legittimi [2].

Perdita della libertà per diritto civile. — Fra le molteplici cause, posteriori alla nascita, che davano origine alla schiavitù per diritto civile, meritano di essere brevemente accennate le seguenti:

Il cittadino romano che, per essersi sottratto dolosamente al pubblico censimento o al servizio militare, fosse venduto *trans Tiberim*, diventava schiavo [3].

Chi era giudizialmente confesso o condannato al pagamento di una somma di danaro, veniva aggiudicato al suo creditore e perdeva la libertà di fatto. Se poi questo debitore insolvente rimaneva moroso per gli altri trenta giorni dopo l'aggiudicazione, egli diventava schiavo del suo creditore, che lo poteva vendere in territorio straniero (*trans Tiberim*) [4].

---

reversus fuerit ab hostibus, in potestate filium habebit: si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit. Filius quoque si captus fuerit ab hostibus, similiter propter ius postliminii patria potestas interim pendebit. Cfr. GAI., *Inst.*, I, § 129; PAUL., *Sent.*, II, 25, § 1; § 15, Inst., *quib. mod. ius pot. solv.*, I, 12; fr. 12, § I, *de captivis*, XLIX, 15.

[1] Fr. 18, *de captivis*, XLIX, 15 (ULPIANUS, libro XXXV, *Ad Sabinum*): *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

[2] § 5, Inst., *quibus non est permissum facere testamentum*, II, 12; ULPIAN., *Reg.*, XXIII, 5: *Si is qui testamentum fecit ab hostibus captus sit, testamentum eius valet, si quidem reversus sit, iure postliminii; si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset;* PAUL., *Sent.*, III, 4, § 8. Vedi anche GIULIANO, nel fr. 12, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1, e nel fr. 22, pr. §§ 1-3, *de captivis*, XLIX, 15.

[3] ULPIAN., *Reg.*, XI, 11: ..... *libertas amittitur, veluti cum incensus aliquis venierit;* NONIUS MARCELLUS, *De compend. doct. per litt.*, I, 67; ARRIUS-MENANDER, fr. 4, § 10, *de re milit.*, XLIX, 16.

[4] GELLIUS, *Noct. att.*, XX, 1: *tertiis autem nundinis capite poenas (sc. aeris confessi rebusque iure indicati) dabant, aut trans Tiberim venum ibant.* Era dubbio se anche il ladro manifesto fosse nella stessa condizione dell'*adiudicatus*. Vedi GAI., *Inst.*, III, 189.

Il cittadino romano superiore ai vent' anni, che dolosamente acconsentiva di farsi vendere come schiavo, per rivendicare più tardi in giudizio la propria libertà e dividere col finto padrone il prezzo di vendita, diventava schiavo in pena della frode [1].

La donna libera che si era congiunta con uno schiavo, conoscendone la condizione, e persisteva in quell' unione, non ostante il triplicato divieto del padrone dello schiavo, poteva con sentenza essere dichiarata schiava, e perdeva a suo vantaggio anche le sostanze [2].

Il condannato a morte od ai lavori pubblici diventava schiavo e si diceva *servus poenae,* appunto perchè non diventava proprietà di nessuno, ma era schiavo della pena [3].

Il *dediticius ex lege Aelia Sentia* [4] il quale si tratteneva *intra centesimum urbis Romae miliarium,* veniva venduto come schiavo [5].

Altra causa di schiavitù era la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem.* I libertici che si rendevano colpevoli di grave ingratitudine verso i loro padroni potevano da questi essere rivocati nella schiavitù [6].

Delle sopra accennate cause di perdita della libertà non sono rimaste nel diritto giustinianeo che quattro, cioè prigionia di guerra, condanna capitale [7], rivocazione in schiavitù per in-

---

[1] § 4, Inst., *de iure person.*, I. 3: *Servi fiunt iure civili, quum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum sese venumdari passus est.* Fr. 7, pr. §§ 1-2, *de liberali causa,* XL, 12.

[2] Gai., *Inst.*, I. 160: ..... *item foeminae, quae ex senat consulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus invitis et denuntiantibus cum servis eorum coierint.* Cfr. Gai., *Inst.*, I. 91; Paul., *Sent.*, II. 21ª A § 1; Ulpianus, *Reg.*, XI, 11; c. un. Cod., *de SC.to Claud. toll.*, VII, 24.

[3] § 3, Inst., *quib. mod. ius potest solv.*, I. 12: *Servi autem poenae efficiuntur qui in metallum damnantur, et qui bestiis subiiciuntur.* Gaius, fr. 8, § 4, D., *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1: *Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur; unde apparet amittere eos testamenti factionem.* Cfr. fr. 8, §§ 11 e 12; fr. 17, pr. e fr. 29, *de poenis.*, XLVIII, 14. Vedi però la Nov. XX, cap. 8.

[4] Vedi più innanzi, pag. 123.

[5] Gai., *Inst.*, I. 27.

[6] Marcianus, fr. 5, pr. *de iure patronat.*, XXXVII, 14: Constantinus, c. 1, Cod. Theod., *de libertis*, IV, 10: § 1, Inst., *de cap. dem.*, I, 16.

[7] § 4, Inst., *de iur. pers.*, I, 3; § 1, Inst., *de cap. dem.*, I, 16.

gratitudine, e la frode di colui che si fa vendere dolosamente per partecipare al prezzo [1].

ESTINZIONE DELLA SCHIAVITÙ. — La schiavitù si estingue per legge o per manomissione. Dei casi di estinzione per legge basterà accennare fra gli altri i seguenti due. La schiava che veniva prostituita da chi l'aveva comprata sotto condizione di non prostituirla, diventava libera per espressa disposizione di legge [2]. Così pure diventava libero, in forza del senato consulto Silaniano, lo schiavo che denunziava l'omicida del proprio padrone [3]. Ma causa più importante di estinzione della schiavitù era la manomissione.

DELLA MANOMISSIONE. — La manomissione è un atto giuridico con cui il padrone conferisce allo schiavo la libertà, rinunziando al proprio dominio [4].

La manomissione adunque implica una rinunzia al dominio. Nel diritto antico non vi era che una sola specie di dominio, cioè il dominio civile (*dominium ex iure Quiritium*), e quando questo dominio cadeva sopra una *res mancipi*, quali erano appunto gli schiavi, ad esso non poteva validamente rinunziarsi che in modo solenne. Quindi anche la manomissione per essere giuridicamente efficace doveva farsi in modo solenne. Le forme solenni di manomissione erano tre: avvenivano cioè in tre modi: *per vindictam*, *per censum* e *per testamentum*.

MANUMISSIO PER VINDICTAM. — La manomissione *per vindictam* era una simbolica rivendicazione della libertà. Il padrone e lo schiavo comparivano innanzi al pretore: ivi un amico, *adsertor in libertatem*, prendendo una bacchetta chiamata *vindicta* [5],

[1] GIUSTINIANO abolì la schiavitù dei condannati *ad metalla*. Novella XXII, cap. 8. Vedi MAREZOLL, *Die bürgerliche Ehre*, pag. 31.

[2] MODESTINUS, fr. 7, pr. *de iure patronat.*, XXXVII, 14; PAULUS, fr. 7. *qui sine manumiss.*, XL, 8; Tit. Cod., *si mancip. ne prostit.*, IV, 56.

[3] Fr. 5, *qui sine manumiss. ad lib. perven.*, XL, 8 (MARCIANUS, libro V, *Regularum*); *Qui necem detectam domini praemium libertatis consequitur, fit civium libertus.* Cfr. c. 1, Cod., *pro quib. caus. servi pro praemio lib. accipiunt.*, VII 13.

[4] ULPIANUS, fr. 4, *de iust. et iur.*, I, 1; pr. Inst., *de libert.*, I, 5.

[5] La *vindicta* o *festuca* rappresentava la lancia, la quale figurava in tutte le dispute sulla proprietà di cui era il simbolo.

toccava lo schiavo e pronunciava queste solenni parole: HUNC EGO HOMINEM LIBERUM ESSE AIO EX IURE QUIRITIUM SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. Il padrone, lungi dall'opporsi, riconosceva giusta la domanda dell'*adsertor in libertatem*, e, pronunciando le parole: HUNC EGO HOMINEM LIBERUM ESSE VOLO [1], gli faceva fare una giravolta e lo lasciava andare [2]. Il pretore aggiudicava allo schiavo la reclamata libertà ossia la padronanza di se stesso [3]. Col tempo scomparvero i simboli e si ritenne bastevole a compiere la manomissione che il padrone col servo si presentasse al pretore anche fuori di tribunale e manifestasse la sua volontà di manomettere lo schiavo [4]. In seguito un littore sostituì la persona dell'*adsertor* [5] e finalmente non rimase di questa forma processuale se non la presentazione dello schiavo al magistrato e la pronuncia, per parte di questo, della libertà [6].

Esaminando attentamente la manomissione per *vindictam* nella

---

[1] PAUL. DIAC., voc. Manumitti: *Manumitti servus dicebatur, quum dominus eius aut caput eiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat:* HUNC HOMINEM LIBERUM ESSE VOLO, *et emittebat cum e manu.*

[2] Se si fosse trattato di una vera e seria causa di proprietà il padrone si sarebbe opposto alla *vindicatio* mediante una *contravindicatio*, ma siccome non si trattava che di un processo finto e simbolico, inquantochè il padrone aveva appunto l'intenzione di liberare lo schiavo e di riconoscere in lui la padronanza di se medesimo, così acconsentiva alla domanda che in nome dello schiavo faceva il vindice ossia l'*adsertor in libertatem.*

[3] ULPIAN., *Reg.*, I, 7: *Vindicta (servi) manumittuntur apud magistratum populi romani:* IDEM, XIX, 10. *In iure cedit dominus, vindicat in cui creditur, addicit praetor:* GAI., *Inst.*, IV, 16; THEOPHILUS, I, 5, § 1 (FERRINI, pag. 25); CICERO, *Ad Atticum*, VII, 2; BOETHIUS, *Ad Topica*, I, 2, § 16; FESTUS, v. *Manumitti* e *Sertorem.*

[4] GAI., *Inst.*, I, 25; fr. 7, *de manumiss. vindicta*, XL, 2; *Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi, aut gestandi, aut lavandi gratia prodierit praetor, aut proconsul legatusve Caesaris.*

[5] HERMOGENIANUS, fr. 23, *de manum. vind.*, XL, 2: *Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et verba solemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.*

[6] ULPIANUS, fr. 8, *cod.*: *Ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset.* Cfr. fr. 17 e 21, *cod.* e le due note precedenti.

sua originaria forma, si vede tosto ch'essa è nè più nè meno che una rinunzia alla proprietà: in altri termini la manomissione dello schiavo fatta in quel modo corrisponde perfettamente alla *in iure cessio*, ch'era per l'appunto uno dei modi solenni di trasferimento della proprietà [1].

MANUMISSIO PER CENSUM. — La manomissione per censo consisteva in ciò che il padrone presentava lo schiavo al censore e lo faceva iscrivere sulle tavole del censo nel novero dei cittadini romani. Il censore operava una trascrizione, inquantochè iscriveva come cittadino chi prima vi figurava come cosa formante parte del patrimonio del suo padrone [2].

Ma le iscrizioni nel censo, dacchè la cura del censo fu trasferita al censore, non producevano il loro effetto se non *lustro condito*, e per conseguenza lo schiavo manomesso durante questo intervallo, cioè fra una *lustratio* e l'altra (cinque anni), non acquistava la libertà [3].

---

[1] GAI., *Inst.*, II, 24; *In iure cessio hoc modo fit: apud magistratum, veluti praetorem, is cui res in iure cedilur, rem tenens ita dicit:* HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; *deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit.* Vedi GAI., IV, 16. La *in iure cessio* era una *rei vindicatio*, nella quale il convenuto *confitebatur in iure*; ed è precisamente la *confessio in iure* che spiega gli effetti di cui parla. Vedi più innanzi § 61.

[2] ULPIANO., *Reg.*, I, 8: *Censu manumittebantur olim qui lustrati censu Romae iussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur.* Cfr. THEOPHILUS, ad § 4, Inst., *de libert.*, I, 5; DOSITHEUS, *Fragm. regul.*, § 17 (*Collectio*, II, 156); BOETHIUS, *Ad Topica*, I, 2, § 10: *Censebantur enim antiquitus soli cives romani. Si quis ergo consentiente vel iubente domino nomen detulisset in censum civis romanus fiebat et servitutis vinculo solvebatur, atque hoc erat censu fieri liberum, per consensum domini nomen in censum deferre et effici civem romanum.*

[3] DOSITHEUS, I, c., § 17: *Census autem Romae agi solet et peracto censu lustrum conditur; est autem lustrum quinquennale tempus, quo Roma lustratur ... Magna autem dissensio est inter peritos, utrum eo tempore vires accipiant omnia quae in censu aguntur an eo tempore quo lustrum conditur. Sunt enim qui existimant non aliis vires accipere quae in censu aguntur, nisi haec dies sequatur, qua lustrum conditur; existimant enim censum descendere ad diem lustri, non lustrum recurrere ad diem census: quod ideo quaesitum est quoniam omnia quae in censu aguntur lustro confirmantur.* Cfr. CICERO, *De Oratore*, I, 40. Vedi GOESCHEN, nella *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, vol. III. 1817. pag. 209 e seg.; WANGEROW, *Latini Juniani*, pag. 79.

La trascrizione censuaria è una nuova conferma dell'opinione da noi manifestata che la manomissione è per lo appunto una alienazione solenne di una cosa mancipabile. E di fatti le cose mancipabili, come vedremo nel capo della divisione delle cose (§ 21), venivano iscritte nei libri censuari. Ora se una cosa mancipabile, quale era per lo appunto lo schiavo, doveva comparire nel censo come appartenente ad un nuovo proprietario, bisognava naturalmente che il censore operasse la relativa trascrizione.

Ai tempi di Vespasiano sparì il *census lustralis* e con esso venne a cessare anche questa maniera di manomissione [1].

MANUMISSIO PER TESTAMENTUM. — Il testatore poteva rendere libero il suo schiavo, istituendolo erede. In origine, perchè l'istituzione in erede di uno schiavo fosse valida ed efficace, si richiedeva che fosse accompagnata da una dichiarazione di libertà [2]; ma Giustiniano stabilì che la semplice istituzione di erede implicasse sempre la manomissione [3].

Il testatore poteva inoltre manomettere lo schiavo con una disposizione a titolo particolare accordandogli la libertà direttamente (STICHUS SERVUS MEUS LIBER ESTO; STICHUM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE IUBEO) o incaricando l'erede o altro fiduciario di manometterlo [4]. Nel primo caso, lo schiavo diveniva libero senza bisogno d'altro intermediario *(directa libertas)*; nel secondo caso, perchè lo schiavo ottenesse la libertà, si richiedeva che il fiduciario procedesse effettivamente alla manomissione

[1] CENSORINUS, *De die natali*, c. 18.

[2] GAI., *Inst.*, II, 186: *Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo:* STICHUS SERVUS MEUS LIBER HERESQUE ESTO VEL HERES LIBERQUE ESTO. Cfr. ULPIAN., *Reg.* XXII, 7. Cfr. sulla origine della manomissione testamentaria PEROZZI, *Problemi di origine*, negli *Studi in onore di V. Scialoja*, II, pag. 169 e seg.

[3] PR. Inst., *de hacred., instit.*, II, 14: c. 5, Cod., *de necess. serv. her. inst.*, VI, 27.

[4] ULPIAN., *Reg.*, II, 7: *Libertas et directo potest dari hoc modo* LIBER ESTO, LIBER SIT. LIBERUM ESSE IUBEO, *et per fideicommissum, ut puta,* ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI, UT STICHUM SERVUM MANUMITTAT. Cfr. GAI., *Inst.*, II, 163 e seg.

(fideicommissaria libertas) [1]. Lo schiavo poteva costringere il fiduciario a manometterlo, e Giustiniano stabilì che la sentenza del giudice, che riconosceva il diritto dello schiavo, equivalesse ad una manomissione [2].

Fra la libertà diretta e la libertà fidecommissaria esistevano importanti differenze. Difatti il testatore non poteva manomettere direttamente che lo schiavo di cui aveva la piena proprietà [3], mentre poteva imporre l'onere di manomettere, tanto in favore dei proprii schiavi, quanto in favore degli schiavi altrui [4]. Inoltre lo schiavo manomesso direttamente dal testatore diventava liberto di lui e chiamavasi *libertus orcinus*, appunto perchè il patrono era *ad orca*; mentre quello a cui veniva data la libertà per fidecommesso diventava liberto del fiduciario, che era stato incaricato della manomissione [5].

Costantino introdusse una nuova forma solenne di manomissione, per la quale potevasi concedere la libertà in chiesa alla presenza degli ecclesiastici *(in ecclesiis)* [6].

---

[1] Tit. Dig., *de fideicommissariis libertitatibus*, XL. 5; Cod., VII. 4.

[2] C. 15, Cod., *de fideicommiss. libertat.*, VII, 4.

[3] Gai., *Inst.*, II, 267: ... *nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit, et quo faceret testamentum et quo moreretur.* Lo stesso è detto da Paolo, nel fr. 35, *de manumiss. test.*, XL. 1, e da Giustiniano nelle sue *Istituzioni*, § 2, in fine, *de singul. rep. per fideic. rel.*, IIt 24.

[4] Ulpian., *Reg.*, II, 10: *Per fideicommissum libertas dari potest tam proprio servo testatoris quam heredis aut legatarii vel cuiuslibet extranei servo.* Gai., *Inst.*, II, 263: *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere, vel legatarius.* 264: *Nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.* 265: *Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet.* Cfr. § 2, Inst., *de singul. reb. per fid. rel.*, II, 24.

[5] Id., *Reg.*, II, 8: *Is qui directo liber esse iussus est, orcinus fit libertus: is autem, cui per fideicommissum data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus.* Gai., *Inst.*, II, 266: *Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius qui manumittit.* 267: *At qui directo testamento liber esse iubetur, velut hoc modo* STICHUS SERVUS MEUS LIBER ESTO, *vel hoc* STICHUM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE IUBEO, *is ipsius testatoris fit libertus.* Cfr. § 2, *Inst.*, II, 24.

[6] C. I, Cod., *de his qui in eccles. manum.*, I, 13; C. un., Cod. Theod., *de manum. in eccles.*, IV, 7.

DELLE MANOMISSIONI MENO SOLENNI E DI QUELLE PROVENIENTI DAL NON PROPRIETARIO. — Le manomissioni solenni, di cui abbiamo parlato, erano le sole riconosciute efficaci a trasferire al manomesso il pieno dominio civile di se medesimo, cioè la libertà e la romana cittadinanza.

Chè se il padrone avesse usato una forma meno solenne scrivendo, per esempio, al suo schiavo una lettera nella quale lo avesse dichiarato libero *(per epistulam)* o manifestando la sua volontà con una semplice dichiarazione fatta in presenza di amici *(inter amicos)* o permettendo allo schiavo di assidersi alla sua mensa *(inter epulas, per mensam)*, lo schiavo non acquistava la padronanza di sè, ma rimaneva giuridicamente schiavo [1]. In tal caso lo schiavo acquistava il semplice possesso, ma non il dominio di se medesimo: in altri termini egli acquistava una mera libertà di fatto, ma non di diritto [2]. La cosa era naturale: gli schiavi erano *res mancipi:* per trasferire la proprietà di una *res mancipi* occorreva un atto solenne *(mancipatio* o *in iure cessio);* un atto meno solenne, come la semplice consegna *(traditio)*, trasferiva il solo possesso, non la proprietà [3].

Lo stesso avveniva quando si faceva bensì uso delle forme solenni della manomissione, ma questa proveniva da chi non aveva la proprietà sullo schiavo. E difatti nessuno può trasferire ad altri quello che non ha egli stesso, e per conseguenza il non domino non può trasferire allo schiavo un diritto che non ha.

[1] DOSITHEUS, *Fragmentum reg. incerti auctoris* (*Collectio*, II, pagine 149-157), § 4: *Primum ergo videamus quale est quod dicitur de eis, qui inter amicos olim manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari ...*, § 5: *Antea enim* UNA *libertas erat et manumissio fiebat vindicta vel testamento vel censu et civitas romana competebat manumissis: quae appellatur iusta manumissio: hi autem, qui domini* VOLUNTATE IN LIBERTATE ERANT, MANEBANT SERVI; *sed si manumissores ausi erant in servitutem denuo eos per vim ducere, intercedebat praetor et non patiebatur manumissum servire.*

[2] Id., § 4: *Non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari.* Vedi la nota precedente.

[3] Recentemente si è sostenuto che anche tali forme sin dal diritto antico siano state vere manomissioni formali di diritto pretorio. Tale opinione però non ha avuto fortuna, perchè troppo in contrasto con le fonti, specialmente co' citati frammenti di Dositeo. Cfr. WLASSAK, *Die praetorischen Freilassungen*, nella *Z. der Sav.-Stif. für Rechtsg.*, 1905.

DELLE MANOMISSIONI PRODUCENTI LA LIBERTÀ LATINA. — Da quanto abbiamo detto risulta che in diritto romano antico la manomissione o produceva libertà romana o non produceva libertà di sorta. In altri termini, gli schiavi manomessi da chi ne aveva il diritto e colle forme volute dalla legge diventavano liberi cittadini romani, gli altri rimanevano schiavi; non c'era via di mezzo. Così nel diritto antico, che non ammetteva che una sola specie di libertà *(una libertas)* [1].

Ma la cosa cambiò aspetto allorquando il dominio si bipartì. Come vedremo nella storia del dominio, sul finire della repubblica si introdusse una seconda specie di proprietà, cioè il dominio di diritto delle genti, conosciuto sotto il nome di *in bonis esse* o dominio bonitorio [2]. Formatosi questo duplice dominio, dovette necessariamente formarsi anche una duplice libertà, dappoichè questa è per lo appunto un dominio di se stesso. E così avvenne. Il pretore cominciò a tutelarli come se fossero liberi *(tuebatur eos in libertate)* [3]: più tardi la legge Giunia Norbana, promulgata sotto Tiberio, ordinò che gli schiavi manomessi senza solennità di forme, e quelli manomessi con forme solenni da chi non aveva su di loro che il solo dominio bonitario, acquistassero il dominio bonitario di se stessi, cioè la libertà latina [4].

---

[1] DOSITHEUS, *Fragm.: Antea una libertas erat.*

[2] GAI., *Inst.*, II, 40: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur; aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus: sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* Vedi più innanzi § 60.

[3] GAI., *Inst.*, III, 56 (vedi la nota 1 a pag. 115 in fine); DOSITHEUS, *Fragm.*, § 5 (vedi a pagina precedente la nota 2 in fine).

[4] DOSITHEUS, § 6: *Sed nunc habent propriam libertatem qui inter amicos manumittuntur, et fiunt latini iuniani, quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos latinis coloniariis.* GAI., *Inst.*, III, 56: *Admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos, qui nunc latini juniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse latinos junianos.* Cfr. ULPIAN., *Reg.*, I, 10. Vedi CANTARELLI, nell'*Archivio giuridico*, vol. XXIX e XXX.

Per tal modo si formò una classe intermedia fra cittadini e peregrini, cioè quella dei *latini*, così chiamati perchè parificati ai latini delle colonie e da questi contradistinti col nome di *Juniani*, perchè fatti liberi dalla legge *Junia Norbana* [1].

Come si vede, anche qui si ripete lo stesso fatto che si verifica nel trasferimento della proprietà delle *res mancipi*. Se una cosa mancipabile, invece di venir trasferita colle solennità della *mancipatio* o della *in iure cessio*, viene trasferita mediante la semplice consegna (*traditio*), l'acquirente acquista soltanto il dominio bonitario, ma non il dominio civile [2]. Precisamente lo stesso accade nella manomissione. Con la manomissione senza solennità si trasferisce allo schiavo il semplice dominio bonitario di se stesso, cioè la libertà latina.

Giustiniano abolì ogni differenza fra libertà romana e libertà latina, e stabilì che gli uomini liberi fossero tutti cittadini dell'impero [3]. Questa riforma di Giustiniano era una logica conseguenza dell'abolizione del duplice dominio [4].

L'assoluta facoltà dei padroni, rispondente al dominio che avevano sugli schiavi, venne ristretta, perchè abusata, da varie leggi, fra cui principali l' *Aelia Sentia* [5], e la *Fufia Caninia* [6].

Le principali disposizioni della legge *Aelia Sentia* erano queste:

1° Gli schiavi, che durante la schiavitù avevano dovuto espiare pene corporali in conseguenza di un delitto, non potevano acquistare per manomissione la cittadinanza romana, ma soltanto la *deditícia libertas*, cioè entravano nella condizione di

---

[1] Gai., *Inst.*, III, 56: ... *Latinos ideo, quia lex eos liberos esse voluit atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperant; Junianos ideo, quia per legem Juniam liberi facti sunt.*

[2] Gai., *Inst.*, II, 41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit.*

[3] Tit. Cod., *de latina libertate tollenda*, VII, 6.

[4] Vedi più innanzi § 60.

[5] Dell'anno 757 di Roma.

[6] Dell'anno 752 di Roma. La data fu rilevata di recente da una iscrizione: cfr. Gatti, *La vera data della lex Fufia Caninia rilevata da una iscrizione*, in *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, XVIII, pag. 115 e seguenti.

quei popoli, che, vinti in guerra da Roma, si erano resi a discrezione (*deditio*)[1]. Era loro vietato di abitare in Roma ed entro cento miglia da Roma, ed era esclusa per essi la possibilità di divenire cittadini romani[2].

2° Il padrone, che non aveva compiuti i vent'anni, non poteva manomettere che *per vindictam* e dopo aver provata una giusta causa di manomissione in un *consilium* presieduto dal magistrato[3].

3ª Le medesime formalità dovevano essere osservate quando lo schiavo non aveva ancora trent'anni: qualunque altra manomissione non lo poteva rendere che Latino Juniano[4].

4° Le manomissioni fatte in frode dei creditori del *manumissor* erano nulle, semprechè fossero state fatte con l'intenzione di defraudare (*dolus*) e fossero riuscite effettivamente pregiudicevoli ai creditori[5].

La legge *Fufia Caninia* limitava in modo curioso, come dice Svetonio, il potere di lasciar la libertà par testamento, disponendo che non potessero manomettersi per atto di ultima volontà più di una parte determinata dei proprii schiavi, e in tutto non più di cento; le manomissioni che superavano la misura permessa erano ritenute come nulle[6].

---

[1] GAI., *Inst.*, I, 13-15; ULPIAN., *Reg.*, I, 11; § 3, *de libertinis*, I, 5; THEOPHIL., *ad h. l.*

[2] Id., *Inst.*, I, 26-27.

[3] Id., *Inst.*, I, 38; ULPIAN., *Reg.*, I, 13; DOSITHEUS, § 13; § 4, Inst., *qui et a quib.*, I, 6; THEOPH., *ad h. l.* Sulle giuste cause vedi GAI., I, 19 e 39; § 5, Inst., *qui et quib. ex caus. m. n. p.*, I, 6; fr. 9-16, *de man. vind.*, XL, 2. GIUSTINIANO permise a chi aveva compiuto i quattordici anni di manomettere i suoi schiavi per testamento (nov. CXIX, cap. 2°; nelle Istituzioni (*loc. cit.*, § 7), richiedeva almeno diciassette anni.

[4] Id., *Inst.*, I, 17-22; ULPIAN., *Reg.*, I, 12.

[5] Id., *Inst.*, I, 37; *Is, qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.* Cfr. § 3, Inst., *qui et quib. ex caus. man. non poss.*, I, 6; ULP., *Reg.*, I, 15; DOSITHEUS, § 16; fr. 4-11; fr. 16, §§ 2-5; fr. 18; fr. 23-29, *qui et a quib. man. lib. non fiant*, XL, 9.

[6] ULPIAN., *Reg.*, I, 24: *Lex Fufia Caninia iubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti, et usque ad decem dimidiam partem manumittere concedit: a decem usque ad triginta tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat aeque ut ex priori numero: a triginta usque ad centum quartam*

Giustiniano in favore della libertà abolì le leggi *Aelia Sentia* e *Fufia Caninia*, eccetto la disposizione della prima che proibiva con le manomissioni di diminuire il patrimonio in frode dei creditori [1].

PATRONI E LIBERTI. — Gli uomini liberati dalla schiavitù per manomissione, considerati di fronte al manomittente, chiamansi *liberti*, e il manomittente chiamasi *patrono*. Il patrono aveva diritto all'ossequio ed alla riverenza del suo liberto, ed inoltre godeva i diritti del prossimo agnato [2]. Ma per altra parte egli era obbligato ad alimentare il liberto in caso di bisogno, sotto pena di decadere dal diritto di patronato [3].

Il rapporto di libertinità e patronato si modellò sull'antica clientela che Roma ebbe comune cogli altri popoli indo-europei. Essa era un rapporto di subordinazione e di reciproca fedeltà, che aveva la sua tutela nell'*ius sacrum* e che scomparve di buon'ora. Gli effetti dell'anteriore schiavitù venivano cancellati mediante la *natalium restitutio* concessa dall'imperatore, che faceva considerare il liberto come ingenuo.

COLONI. — Uno stato intermedio fra la libertà e la schiavitù è introdotto da un altro istituto, il colonato, sorto in Roma al tempo dell'impero e di origine oscura. I coloni erano piccoli affittuari, liberi di diritto, ma vincolati in perpetuo al fondo da essi coltivato (*licet videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt*). La diserzione li rendeva schiavi. Tale condizione era ereditaria, ma si acquistava anche volontariamente. I coloni divenivano liberi per affrancazione e pel conseguimento della

---

partem, aeque ut decem ex superiori numero liberari possint: a centum usque ad quingentos partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero viginti quinque possint fieri liberi. Et denique praecipit, ne plures omnino quam centum ex cuiusquam testamento libri fiant. Cfr. GAI., *Inst.*, I, 43; PAUL., *Sent.*, IV, § 4.

[1] § 3, Inst., *qui et quib.*, I, 6. Vedi il vol. II, § 158.

[2] FR. 9, *de obsequiis parent.*, XXXVII, 15 (ULPIANUS, libro sexagesimo, sexto *Ad Edictum*: *Libertо et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet.* Cfr. fr. 2, 5, 6 e 7, *cod.*: fr. 1 e fr. 19, *de iure patron.*, XXXVII, 14; fr. 4, § 1, *de in ius voc.*, II; fr. 1; fr. 7, *de operis libert.*, XX-XVIII, 1; Inst., tit. *de successione libertorum*, III, 7.

[3] MODESTINUS, fr. 6, *de agnosc. et al. lib.*, XXV, 3; MARCIANUS, fr. 5 in fine, *de iure patronat.*, XXXVII, 14.

dignità episcopale. Questo istituto prese grandissima estensione per la miseria dei tempi e la decadenza dell'agricoltura, e ricevette norme legislative nell'ultimo periodo dell'impero [1].

§ 6.

Dello stato di cittadinanza.

Nel diritto romano classico gli uomini liberi si distinguevano in cittadini e in peregrini (*cives* e *non cives*).

I soli cittadini romani godevano di tutti i diritti civili e politici: i peregrini non godevano in Roma alcun diritto politico, e relativamente ai diritti privati essi non potevano invocare che l'*ius gentium*, e non erano affatto partecipi dell'*ius civile Romanorum*.

I diritti politici erano l'*ius suffragii* e l'*ius honorum*, consistente il primo nel diritto di voto nei comizi, e il secondo nel diritto di aspirare alle romane magistrature. I diritti civili poi consistavano nell'*ius connubii* e nell'*ius commercii*. Il *connubium* era la facoltà di contrarre matrimonio secondo l'*ius civile* romano e con tutti gli effetti da esso stabiliti, fra i quali primeggiavano i diritti della patria potestà e di agnazione. Il *commercium* era la facoltà di conchiudere negozi giuridici d'indole patrimoniale secondo il diritto civile romano: di acquistare la proprietà romana, di far testamento colle forme romane e cogli effetti del diritto civile romano, di figurarvi come erede legatario o testimone (testamentifazione attiva e passiva) [2].

I cittadini che godevano di tutte e quattro codeste classi di diritti dicevansi *optimo iure cives*, *non optimo iure* gli altri.

ACQUISTO DELLA CITTADINANZA. — La cittadinanza romana si acquistava in modo speciale per nascita, per manomissione e per concessione particolare.

---

[1] Vedi Cod., XI, 47, 19-52, 62, 63, 67 e 68; BARATONO, *Colonato romano*, in *Encicl. giur. it.* (vol. III, parte II, Milano 1910); ROSTOWZEW M., *Kolonat*, in *Hadwörterbuch der Staatswiss hrsg. von I. Koarad*, Iena 1911; SEGRÈ, *Origine del colonato*, nell'*Archivio giuridico*, vol. XLII, XLIII, XLIV e XLVI.

[2] Vedi il vol. II, § 183.

Per nascita. — Il figlio nato da matrimonio di persone che fra loro avevano il *connubium* (giuste nozze) era cittadino se tale era il padre al momento della generazione. Il figlio nato da persone non unite in giuste nozze acquistava la condizione che la madre aveva al momento del parto [1].

Per manomissione. — Nel diritto romano antico, perchè la manomissione producesse la cittadinanza romana, era necessario che provenisse da un cittadino romano avente il dominio civile sullo schiavo da manomettersi, a che si compisce colla solennità delle forme prescritte dal diritto civile. Le manomissioni fatte in modo difettoso o da chi non aveva il dominio civile sullo schiavo, erano in origine del tutto inefficaci a dare la libertà, e più tardi non conducevano tutto al più che alla libertà latina [2].

I latini, come osservammo già nel paragrafo precedente, erano una classe intermedia fra i cittadini romani ed i peregrini, e si distinguevano in *coloniarii* e *iuniani*. I latini coloniarii erano gli abitanti delle colonie latine. I latini *iuniani* erano quei libertini che, in mancanza di una manomissione esattamente conforme al diritto civile, non acquistavano su di sè il dominio civile romano *(civitas)*, ma soltanto il dominio del diritto delle genti, in conformità della legge Junia Norbana. I latini tenevano, nel diritto privato, un posto di mezzo fra i cittadini ed i peregrini, inquantochè godevano dell' *ius commercii*, ma erano esclusi dallo *ius connubii*.

È però da osservare che i latini iuniani, sebbene avessero in tesi generale l' *ius commercii*, erano privi della capacità di fare testamento, di acquistare per testamento e di essere nominati tutori testamentari [3], e che per di più alla loro morte i loro beni tornavano all' antico padrone *(in ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant* [4].

---

[1] Vedi sopra § 5, pag. 110.
[2] Vedi sopra § 5, pag. 110.
[3] Gai., *Inst.*, I, 23; Ulpian., *Reg.*, XX, 14; XXII, 3, 8.
[4] § 4, *Inst., de successione libertorum*, III, 7.

Vi erano poi dei casi in cui i latini ed anche i peregrini potevano acquistare la cittadinanza romana [1].

Per concessione speciale. — Per concessione speciale la cittadinanza fu accordata prima dal popolo e dal senato, e più tardi dall'imperatore, a beneficio di singole persone e anche a favore di intere popolazioni e provincie. Le leggi poi promettevano la cittadinanza in premio di certi servigi prestati allo Stato o alla città di Roma. Caracalla concesse la cittadinanza romana a tutti gli uomini liberi che erano domiciliati nell'impero [2].

Nel diritto giustinianeo non esiste più alcuna differenza fra cittadini, latini e peregrini: tutti gli abitanti dell'impero sono cittadini, e gli stranieri (cioè i popoli fuori della civiltà romana) si chiamano barbari.

Della estimazione civile. — Il diritto di romana cittadinanza, per le molte prerogative pubbliche e private che procurava a chi ne era investito, gli attribuiva naturalmente una certa dignità esteriore, e infondeva negli altri una certa stima. Questa stima o considerazione personale costituiva pel cittadino una specie di stato che egli conservava nella sua integrità fino a tanto che la sua condotta rimaneva civilmente irreprensibile [3].

Ma questo stato d'illesa dignità, come lo chiamavano i Romani, poteva perdersi totalmente o poteva diminuirsi. Esso si perdeva colla privazione della libertà o della cittadinanza; si diminuiva per molte cause, fra le quali primeggiavano la relegazione, la removione dell'ordine equestre, l'esclusione dai pubblici impieghi, la fustigazione, e in modo speciale la infamia.

Dell'infamia. — Le cause che facevano incorrere nell'infamia erano indicate nell'editto pretorio, e si possono dividere in due

---

[1] Ulpian., *Reg.*, III, 1: *Latini ius Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino: praeterea ex senatus consulto vulgo quae sit ter enixa.* Nei paragrafi successivi e nel titolo VII, 4, Ulpiano spiega questi varii metodi di acquisto della cittadinanza romana: e ancora più diffusamente li spiega Gaio, I, 28-34 e 66-96.

[2] Ulpianus, fr. 17, *de statu hominum*, I, 5: *In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.*

[3] Callistratus, fr. 5, § 1, *de extraord. cognit.*, 50, 13: *Existimatio est dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus.*

categorie. Le une risultano immediatamente e direttamente dall'esercizio di certe professioni o da certe azioni turpi designate dalla legge o dall'editto (infamia immediata); le altre presuppongono una speciale sentenza di condanna per crimine o delitto in base ad una delle quattro azioni infamanti, cioè l'azione di mandato, di deposito, di società o di tutela (infamia mediata). La infamia portava seco la perdita dei diritti politici, e di regola anche l'incapacità di *postulare*, cioè di stare in giudizio come procuratori e mandatari di altri e di intentare azioni popolari o d'interesse pubblico [1].

DELLA CITTADINANZA SECONDO LE LEGGI DEL REGNO. — Le nostre leggi distinguono i diritti civili dai politici. I primi sono quelle facoltà che si esercitano nei rapporti delle persone private fra loro e che sono riconosciute dal diritto privato. I secondi derivano dal diritto pubblico, e consistono nelle facoltà per le quali i cittadini possono partecipare all'esercizio del potere pubblico coll'eleggere ed essere eletti ai varii corpi rappresentativi o con l'assumere uffici od impieghi pubblici, come sarebbero le funzioni di sindaco, di giurato, ecc.

I diritti civili competono anche agli stranieri [2]; ma lo straniero è soggetto alle leggi della nazione a cui appartiene per tutto ciò che riguarda il suo stato e la sua capacità personale [3].

Da questo deriva che una parte considerevole e importantissima dei diritti civili, ammessi e regolati dalle nostre leggi, possono non spettare agli stranieri od essere regolati per loro da altri principii, essere soggetti ad altre considerazioni, essere diversi nei loro effetti. Così per esempio, il diritto di contrarre matrimonio ad una certa età, e con persona parente di un determinato grado, o non ostante una certa circostanza, il diritto di riconoscere o legittimare i figli nati fuori di matrimonio, quello

[1] Accanto all'infamia (così detta *infamia iuris*) stanno la *nota* o *turpitudo (infamia facti)*, cioè quelle diminuzioni di onore più o meno gravi che si fondano sulla sentenza morale dei concittadini, sulla pubblica opinione. Esse danno luogo a rilevanti conseguenze giuridiche sfavorevoli alla persona *turpis* o *vilis*.

[2] Cod. civ., art. 3.

[3] Titolo preliminare del Codice civile (art. 6).

di adottare, quello di patria potestà con tutti gli attributi che ne discendono, quello di divenir maggiore ad una data età, ecc., sono fuor di dubbio diritti civili; ma pure questi diritti potranno essere assai diversi pel cittadino e per lo straniero, potranno competere all'uno ed essere negati all'altro, od essere regolati differentemente quanto alle condizioni di loro esistenza ed ai loro effetti legali [1].

Lo straniero non è ammesso a godere dei diritti politici attribuiti ai cittadini, ma per l'esercizio dell'elettorato amministrativo sono equiparati ai cittadini dello Stato i cittadini delle altre provincie italiane, quand'anche manchino della naturalità [2].

Secondo la legge 13 giugno 1912 n. 555 sulla cittadinanza italiana [3], (abrogatrice degli art. 4-15 C. C., 36 della legge 31 gennaio 191 sulla emigrazione e della legge 17 maggio 1906 n. 217) è cittadino: il figlio di padre cittadino o di madre cittadina se il padre è ignoto o sfornito di qualsiasi cittadinanza o se il figlio non segue la cittadinanza paterna secondo la legge dello Stato al quale il padre appartiene; il figlio nato nel regno da genitori ignoti o sforniti di qualsiasi cittadinanza o appar-

[1] Le tre Convenzioni firmate all'Aja il 12 giugno 1904 fra l'Italia e vari Stati per regolare i conflitti di leggi in materia di matrimonio, divorzio e separazione personale e rese esecutive nel regno con Legge 7 settembre 1905, n. 523, e le altre tre convenzioni internazionali di procedura civile in materia di matrimonio, interdizione e tutela, firmate all'Aja il 13 luglio 1905 e rese in Italia esecutive con la Legge 17 giugno 1909, n. 640, sono un primo passo verso l'unificazione internazionale delle norme sullo stato e la capacità delle persone.

[2] Art. 12 del testo unico della legge comunale e provinciale, approvato con Regio Decreto 21 maggio 1908, n. 269. Se si tratti poi dell'elettorato politico gl'italiani che appartengono a provincie politicamente soggette a governi stranieri, partecipano anch'essi alla qualità di elettori ove abbiano ottenuta la naturalità per decreto reale e prestato giuramento di fedeltà al Re. I non italiani possono entrare nel novero degli elettori politici solo ottenendo la naturalità per legge (art. 1° del testo unico della legge elettorale politica approvato con R. D. 26 giugno 1913); per l'esercizio dell'elettorato amministrativo basta che abbiano ottenuto la naturalità per decreto reale (art. 12 cit.).

[3] Su questa legge cfr. S. GEMMA, *Legge sulla cittadinanza*, edito dalla Società Editr. *Athenaeum*, Roma 1913.

tenenti a uno Stato secondo la cui legge il figlio non segua la cittadinanza de' genitori (art. 1).

Si presume cittadino sino a prova contraria il trovatello rinvenuto in Italia (art. 1 ult. capov.).

È inoltre cittadino lo straniero nato nel regno o figlio di genitori quivi residenti almeno da dieci anni al tempo della nascita, qualora presti servizio militare nel Regno o accetti un impiego dallo Stato o risieda nel regno almeno da dieci anni e non dichiari entro l'anno della maggiore età di voler conservare la cittadinanza straniera oppure se compiuti i 21 anni risegga nel Regno ed entro il 22° anno dichiari di eleggere la cittadinanza italiana (art. 3).

Il riconoscimento (C. C. art. 179 e segg.) o la dichiarazione giudiziale (C. C. 189 e seg.) della filiazione se di un minorenne ne determina la cittadinanza secondo le norme della legge presente; se di un maggiorenne non gli fa acquistare la cittadinanza determinata dalla filiazione a meno che non ne faccia dichiarazione espressa dentro l'anno dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale (art. 2). Se quello o questa è fatta da entrambi i genitori, in tempo eguale o diverso, prevale la cittadinanza paterna.

La straniera che si marita con un italiano ne acquista la cittadinanza e la conserva anche da vedova se non riacquisti la cittadinanza di origine ritenendo o trasportando all'estero la sua residenza. Se lo straniero diviene cittadino tale diventa anche la moglie convivente; ma questa può dichiarare di conservare la propria cittadinanza se è legalmente separata e non ha figli che acquistino la nuova cittadinanza del padre (art. 11), la quale è acquistata da' figli minori non emancipati, a meno che risedendo all'estero, conservino la cittadinanza di origine secondo le leggi della loro patria. Però il figlio di straniero divenuto italiano può, entro l'anno della maggiore età, dichiarare di eleggere la cittadinanza di origine (art. 12).

Oltre che in tali casi la cittadinanza italiana si acquista dallo straniero con la naturalità che si può avere per decreto reale o per legge. Per decreto reale preceduto dal parere del Consiglio di Stato e seguito da giuramento di fedeltà del nuovo cittadino

(art. 15), può concedersi la cittadinanza italiana (comprendente il godimento de' diritti politici), dello straniero che per tre anni abbia prestato servizio in Italia o che risieda nel regno da cinque anni almeno oppure da soli tre anni ma abbia reso all' Italia notevoli servigi o sposata una cittadina. Infine è sufficiente un anno di residenza per chi avrebbe potuto diventare cittadino italiano per beneficio di legge se non avesse omesso di farne dichiarazione in tempo utile (art. 4). Il decreto reale è sufficiente per attribuire la piena cittadinanza agl' italiani non regnicoli (art. 18 capov. 1). Non concorrendo alcuna delle circostanze rammentate, la cittadinanza non può essere conferita che per legge se lo straniero abbia resi all' Italia servizi di eccezionale importanza (art. 6).

§ 7.

Stato di famiglia.

FONDAMENTO NATURALE DELLA FAMIGLIA. — Il fondamento naturale della famiglia è la parentela di sangue, ossia la cognazione. Essa si definisce il rapporto tra due o più persone che discendono l'una dall'altra, o che tutte discendono da un comune autore [1]. Nel primo caso le persone sono congiunte in linea retta, nel secondo in linea collaterale. La linea retta si distingue in discendente e ascendente: la prima lega lo stipite con coloro che ne discendono; la seconda lega una persona a coloro dai quali essa discende [2].

I parenti sono più o meno prossimi. Per determinare i gradi di parentela si guarda al numero delle generazioni. Ogni generazione costituisce un grado. E così si ha la regola seguente: Tanti sono i gradi quante sono le generazioni; e tante sono le generazioni, quante sono le persone, eccettuato sempre lo stipite [3]. I figli, per esempio, trovansi col padre in primo grado

---

[1] MODESTINUS. fr. 4. § 1. *de gradibus,* XXXVIII, 10: Cod. civ., art. 48.

[2] GAIUS, fr. 1, *de gradibus,* XXXVIII, 10; Cod. civ., art. 50.

[3] § 7, Inst., *de gradib. cognat.,* III, 6; Cod. civ., art. 51.

di parentela, perchè tra figlio e padre avvi una sola generazione: i figli dei figli sono parenti in secondo grado coll'avo, perchè fra avo e nipote *ex filio* vi sono due generazioni, cioè quella dalla quale è nato il padre e quella dalla quale è nato il nipote: i figli dei figli dei figli (pronipoti) trovansi col proavo in terzo grado di parentela. Questi sono esempi di linea retta discendentale. Nella linea retta ascendentale il padre costituisce il primo grado, l'avo il secondo, il proavo il terzo, l'abavo il quarto, e così di seguito. La regola sovraenunciata per la determinazione dei gradi vale tanto nella linea retta quanto nella linea collaterale.

La linea collaterale suppone che due individui esistano in due diverse linee rette, aventi origine dalla medesima persona. Ora il grado di parentela che corre fra quegli individui è uguale al numero delle generazioni che incontransi nel risalire da uno dei medesimi fino allo stipite comune nel discendere poi da questo stipite comune all'altro: così, per esempio, volendo conoscere in che grado di parentela sono i fratelli, bisogna prima risalire da uno di questi fratelli al padre, e troviamo una generazione, ossia un grado; poi discendere dal padre all'altro fratello, e troviamo un'altra generazione. Laonde concluderemo che i fratelli sono fra loro parenti in secondo grado, che nella linea collaterale è il grado più prossimo. Se si trattasse di due cugini, siccome per risalire da uno di essi allo stipite comune, cioè all'avo, ci vogliono due generazioni, e due per discendere all'altro cugino, ne viene che essi sono parenti fra loro in quarto grado: i biscugini lo sono in sesto grado: e così di seguito. Gli esempi ora riferiti sono tutti di linea collaterale uguale, perchè i parenti si trovano alla medesima distanza dallo stipite comune, come due fratelli, due cugini, due biscugini: quando invece l'uno è più lontano dell'altro dallo stipite comune, la linea è disuguale. Così per esempio, è disuguale la linea nella parentela fra zio e nipote, che sono fra loro parenti in terzo grado, perchè dallo zio allo stipite comune basta una generazione, mentre ce ne vogliono due da questo al nipote.

Quando di due parenti l'uno è fratello dell'ascendente dell'altro, come è per l'appunto il caso di zio e nipote, si dice esistere *respectus parentelae*.

La cognazione, ossia parentela, può essere semplice o doppia. La cognazione doppia si verifica specialmente nei seguenti casi:

1.° Quando due persone congiunte col legame di cognazione procreano un figlio: in tal caso il figlio è in doppia cognazione coi genitori. Per esempio, se un cugino prende in moglie una cugina, dalla quale ha un figlio, questo figlio è in doppia parentela col suo genitore, cioè in primo grado, inquantochè fra lui e il suo genitore evvi una generazione, e poi anche nel quinto, poichè egli e il suo genitore discendono dallo stesso stipite mediante cinque generazioni.

2.° Quando due persone, che fra loro non sono congiunte col legame di cognazione, ma hanno un parente comune, procreano un figlio. Per esempio, se taluno sposa in seconde nozze la sorella della sua prima moglie ed ha figli anche da essa, i figli di questi due matrimoni sono fratelli e cugini, fratelli perchè figli del medesimo padre, cugini perchè figli di due sorelle.

3.° Quando due persone imparentate generano dei figli con due persone che sono pure fra loro parenti. Per esempio, se due sorelle sposano due fratelli, i loro figli sono fra loro doppiamente cugini, perchè figli di fratelli e perchè figli di sorelle.

4.° Quando due persone imparentate si uniscono in matrimonio successivo con una stessa persona e generano dei figli. Per esempio, se alcuno sposi la vedova del suo fratello: qui pure i figli dei due matrimoni saran fratelli perchè nati dalla stessa madre, cugini perchè nati da fratelli.

I fratelli che discendono dai medesimi genitori si conoscono sotto il nome di germani, quelli che hanno comune soltanto il padre si chiamano consanguinei, e quelli che hanno comune soltanto la madre diconsi uterini.

Fondamento civile della famiglia. — Oltre la parentela naturale del sangue (cognazione) avvi una parentela civile che chiamasi agnazione. Questa è un legame di famiglia puramente giuridico dipendente dalla rigorosa dominazione del capo di famiglia e dal carattere particolare della patria potestà dei Romani. Il cittadino romano, cioè, aveva sotto la sua patria potestà non solamente i suoi figliuoli nati da legittimo matrimonio, ma eziandio i suoi nipoti nati dal matrimonio dei suoi figliuoli: come

pure i suoi pronipoti e così di seguito. Egli poteva inoltre acquistare la patria potestà sopra altre persone che non erano suoi discendenti naturali, con un atto solenne, detto adozione. In questa guisa poteva avvenire che si formasse una famiglia assai estesa, composta unicamente di persone unite dal medesimo legame di patria potestà. Tutte queste persone si chiamavano agnati. Il rapporto di agnazione, una volta stabilito, durava senza interruzione, anche quando la morte del comun capo di famiglia avesse rotto in seguito il legame comune della patria potestà, e per conseguenza una parte di coloro ch'erano soggetti a quella potestà fossero diventati essi medesimi capi indipendenti delle proprie famiglie. In tal caso la grande famiglia originaria *(f. proprio iure)* si spezzava per formare varie famiglie meno estese, le quali erano sotto certi aspetti indipendenti l'una dall'altra, ma ciò nondimeno avevano fra loro un legame comune di agnazione e di famiglia *(f. communi iure)*. Il legame di agnazione però si estingueva qualora la patria potestà che ne formava la base venisse a cessare per qualunque altro avvenimento fuori che la morte del padre di famiglia. Il figlio emancipato, cioè liberato dalla patria potestà, medesimamente il figlio dato altrui in adozione, cessava di essere agnato, poichè non apparteneva più alla famiglia agnatizia (§§ 170 e 171). Da quanto abbiamo detto risulta quindi che l'agnazione comprende *tutte quelle persone che sono soggette alla medesima patria potestà, o che almeno ci sarebbero soggette, se il comune padre di famiglia non fosse morto.* Ora siccome i nati dalla figlia non si sarebbero mai trovati sotto la potestà del loro avo materno, così ne segue ch'essi non appartengono alla sua famiglia, e che a riguardo suo e degli altri suoi discendenti hanno bensì la qualità di parenti del sangue (cognati), ma non quella di agnati. Così si spiega la definizione che degli agnati dà Ulpiano: *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes, eiusdem familiae* [1]. La quale definizione però manca, secondo alcuni, di esattezza, inquantochè non tutti agnati sono eziandio cognati *(a parte cognati)*, essendo agnati anche tutti quelli che per adozione en-

[1] Ulpian., *Reg.*, XI, 4; Gai., *Inst.*, III, 10.

trano nella famiglia dell'adottante, sebbene essi non sieno legati da alcun vincolo di cognazione col loro padre adottivo: però la tradizione scolastica raccolta da Teofilo fa creare per mezzo dell'adozione una cognazione fittizia [1].

DELLA FAMIGLIA PRESSO I ROMANI. — Varii sono i significati della parola *familia* presso i Romani. Infatti ora significa l'insieme delle persone che si trovano sotto il potere del padre di famiglia; ora l'insieme dei beni del padre di famiglia; ora l'insieme degli schiavi sottoposti alla potestà dominicale del padre di famiglia. Col nome di famiglia più propriamente s'intende l'insieme degli agnati [2]. La famiglia, in questo suo vero senso, era importantissima nel diritto romano antico; poichè la medesima, oltre ad essere il fondamento dei diritti politici, era altresì la base dei più importanti diritti civili. E difatti la famiglia era la base dell'eredità legittima e della tutela legittima. Ecco il motivo per cui i Romani consideravano lo stato di famiglia come uno dei fondamenti dei diritti civili e politici, e la uscita dal vincolo di famiglia come una diminuzione di capo.

La famiglia romana, come l'abbiamo ora considerata, poggia sopra un fondamento in buona parte artificiale e presenta una composizione sotto alcuni riguardi affatto arbitraria. E per verità, oltrechè la famiglia romana comprende persone che non sono punto unite da effettiva comunione d'origine, come, per esempio, i figli adottivi, essa esclude tutti i parenti che discendono per via di donne cioè tutti i parenti materni, e una parte dei parenti paterni, per esempio, i discendenti emancipati. Per tal modo, mentre due persone nel decimo o anche nel ventesimo grado fanno parte della medesima famiglia, perchè discendono *ex eodem masculo per masculos*, il figlio non è in alcun legame civile colla

[1] PAULUS, fr. 10, § 4, *de gradibus*, XXXVIII, 10: *Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est: non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*

[2] ULPIANUS, fr. 195, § 1, *de verb. sign.*, L. 16: *Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur... § 2; Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.*

sua madre, che non sia in *manu* del marito (ed i figli emancipati non lo sono neppure col loro padre). Di qui l'iniqua conseguenza che in diritto romano antico un agnato del decimo grado esclude dall'eredità civile il cognato di secondo grado, appunto perchè, come si è detto, l'eredità legittima si fonda tutta sull'agnazione, e punto sulla cognazione. Questo sistema dovette necessariamente provocare una reazione specialmente nel diritto di eredità. Dapprima incominciò il pretore a dare la debita importanza alla cognazione, e Giustiniano quasi completamente soppresse l'agnazione, rendendo così alla natura i suoi diritti ed alla famiglia il suo vero ed unico fondamento razionale, cioè la comunione d'origine, ossia la cognazione.

Nel diritto novissimo, e più specialmente nel diritto civile italiano, s'intende per famiglia l'insieme delle persone unite fra loro dal vincolo naturale o di sangue della cognazione; la cognazione è ormai la base della successione intestata e della tutela legittima.

Della gentilità. — In relazione stretta colla famiglia stava, nel diritto antico, la gentilità. Le *gentes* erano costituite da gruppi di famiglie legate da un antico vincolo di agnazione, che appariva più specialmente nel nome comune [1]. La loro importanza si manifestava non solo nel diritto pubblico, ma eziandio nel diritto privato, imperocchè in mancanza di agnati erano i gentili chiamati all'eredità legittima ed alla tutela legittima. La gentilità cadde ben presto in disuso: tant'è che già fin dai tempi di Gaio era un'istituzione puramente storica e non aveva più alcun valore pratico [2].

Dell'affinità. L'affinità è un rapporto analogo alla parentela, e come tale sta in qualche relazione colla famiglia. L'affinità può definirsi il legame che in conseguenza del matrimonio

[1] Festus, *de verb. sign.* (Bruns, *Fontes*, II, 10): *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is, qui simili nomine appellatur.* Cicero, *Topica*, IV, 29: *Gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt: non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt: ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitutem servivit; abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti; hoc fortasse satis est; nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.*

[2] Gai., *Inst.*, III, 17: ... *totam ius gentilicium in desuetudinem abiisse.*

si stabilisce fra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro coniuge. Essa può esistere in linea retta, come, per esempio, fra l'uno dei coniugi ed i discendenti o ascendenti dell'altro, o in linea collaterale, cioè fra l'uno dei coniugi e i parenti collaterali dell'altro. Una delle persone per cui si stabilisce l'affinità è sempre il coniuge: e perciò i parenti di uno dei coniugi non sono affini coi parenti dell'altro coniuge, ma soltanto col coniuge stesso [1]. L'affinità non esercita alcuna influenza sui diritti degli affini, se non in quanto essa può essere d'impedimento al matrimonio e crear l'obbligo degli alimenti.

A rigore non vi sono gradi nell'affinità, poichè non nasce mediante generazione; nondimeno si sogliono applicare all'affinità i gradi della parentela, e si è perciò stabilita la seguente regola: nella stessa linea e nello stesso grado, in cui taluno è parente con uno dei coniugi, nella medesima linea e nel medesimo grado egli è affine coll'altro coniuge.

I medesimi principii e le medesime regole valgono pel Codice civile italiano (art. 52).

§ 8.

Estinzione della persona fisica.

Se per costituire una persona fisica si richieggono necessariamente due requisiti, la mancanza d'uno di questi deve bastare per l'estinzione di quella. La persona fisica adunque può estinguersi o colla morte dell'uomo o colla perdita degli stati civili.

ESTINZIONE DELLA PERSONA FISICA PER MORTE. — Se la nascita è il principio della personalità fisica, la morte ne è il fine. La morte di un uomo produce di regola molti cambiamenti nelle condizioni economiche delle famiglie, inquantochè i beni lasciati dal defunto passano ai suoi eredi, i quali possono derivare da quella morte diritti talvolta importantissimi. Ora siccome la morte è una circostanza di fatto, e le circostanze di fatto si

[1] Così, p. es., non sono affini i figli che due vedovi, i quali si sono fra loro sposati, hanno avuto dai loro precedenti vincoli matrimoniali.

devono provare da chi ne deduce i diritti, così è evidente che in caso di contestazioni la morte dev'essere provata da chi sulla medesima fonda i propri diritti. E siccome talvolta è di somma importanza lo stabilire se una persona sia morta prima di un'altra così è naturale che chi dalla premorienza o sopravvivenza di una persona intende derivare diritti dovrà dare la prova della circostanza di fatto su cui il diritto si appoggi. A tal riguardo però le leggi romane hanno stabilito le seguenti tre presunzioni: Se due persone periscono nel medesimo infortunio (come incendio, inondazione, naufragio, battaglia, ruina) nè si può constatare quale delle medesime sia morta prima, si presumono morte contemporaneamente [1]; se in egual caso mancano di vita il padre ed il figlio impubere, si stima perito prima questo che quello, e se il padre morì nello stesso infortunio con un figliuolo pubere, si presume che questi gli abbia sopravvissuto [2].

Il diritto romano non ammette altre presunzioni: ma sulla autorità del salmo XC, v. 10, che considera i settant'anni come termine ordinario della vita, si è formata la seguente massima di diritto consuetudinario. Si presume morto l'assente, di cui si ignora se continui la vita e che avrebbe compiuto i settant'anni se fosse in vita; se poi l'assente fosse stato settuagenario quando si allontanò lo si ritiene come morto cinque anni dopo la sua partenza, salvo, s'intende, la prova del contrario.

DELL'ASSENZA SECONDO IL CODICE CIVILE ITALIANO. — Il nostro codice civile non ha riprodotto le riferite presunzioni del diritto romano, e quanto alla presunzione introdottasi nella pratica del diritto comune circa la morte dell'assente, l'esistenza del quale è incerta per mancanza di notizie, il Codice nostro distingue i seguenti tre periodi, cioè presunzione di assenza,

[1] MARCIANUS, fr. 18 [19], *de rebus dubiis*, XXXIV, 5.

[2] Fr. 9 [10], § 4 *de rebus dubiis* (TRIPHONINUS, libro vigesimo primo Disputationum); *Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.* Cfr. FERRINI, *Presunzioni*, nella *Riv. It. per le scienze giuridiche*, XIV, pag. 286.

dichiarazione di assenza con immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e dichiarazione di assenza con immissione nel possesso definitivo dei beni.

Presunzione di assenza. — La persona che ha cessato di comparire nel luogo dell'ultimo suo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano sotizie, si presume assente (art. 20) Finchè l'assenza è soltanto presunta, il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, se non vi è alcun procuratore, può, sull'istanza degli interessati o degli eredi presunti o del ministero pubblico, nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, o nella formazione degli inventari e dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato, e dare gli altri provvedimenti che siano necessari alla conservazione del suo patrimonio (art. 21). Se vi è procuratore, il tribunale provvede soltanto per gli atti che non possono farsi dal procuratore in forza del mandato o della legge (ivi).

Dichiarazione di assenza. — Dopo tre anni continui di assenza presunta, o dopo sei ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, i presunti eredi legittimi ed in loro contraddittorio i testamentari, e chiunque creda di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, possono domandare al tribunale che l'assenza sia dichiarata (art. 22). Il tribunale, prese le opportune informazioni, pronunzia sulla dimanda di dichiarazione d'assenza [1] e la sentenza che dichiara l'assenza deve fra le altre formalità essere pubblicata due volte, coll'intervallo di un mese, nel giornale degli annunzi giudiziari del distretto e nel giornale uffiziale del regno (articoli 23. 24 e 25). Trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza, il tribunale, sull'istanza di chiunque creda avervi interesse e del pubblico ministero, ordina l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente. Gli eredi testamentari,

[1] Se la domanda di dichiarazione di assenza è proposta dai presunti eredi legittimi, il tribunale provvede su di essa in camera di consiglio. Quando invece la domanda sia proposta da eredi testamentari, si procede in contraddittorio dei presunti eredi legittimi nelle forme stabilite pei giudizi sommarii (Cod. proc. civ., art. 794).

ed in loro mancanza quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risalgono l'ultime notizie della sua esistenza, possono domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni (art. 26) [1]. In forza di tale immissione, essi ottengono l'amministrazione dei beni dell'assente e il godimento delle rendite (art. 28). Chè se durante questo possesso temporaneo l'assente ritorna o viene provata la sua esistenza, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, ed i possessori temporanei dei beni debbono farne restituzione con quella parte di rendita dal cui godimento erano per legge esclusi (art. 33) [2]. Che se invece viene provato il *tempo* della morte dell'assente, la restituzione deve farsi a coloro che a quel tempo erano suoi eredi (art. 34).

Immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente. — Se l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo l'immissione nel possesso temporaneo, o se sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni addietro, il tribunale, sull'istanza delle parti interessate, pronuncia la immissione nel possesso *definitivo*, e dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele che fossero state imposte (art. 36), e gli immessi possono disporre liberamente dei beni dell'assente (art. 37). Che se dopo questa immissione nel possesso definitivo l'assente ritorna o è provata la sua esistenza, egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano (articolo 39).

ESTINZIONE DELLA PERSONA FISICA PER LA PERDITA DEGLI STATI CIVILI *(capitis deminutiones)*. — Può essere che una per-

---

[1] I legatarii, i donatarii e in genere tutti coloro, che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, possono chiedere in contradditorio degli eredi di essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei diritti (art. 26, capov. 2).

[2] Appunto in vista di questa eventualità, gli immessi nel possesso temporaneo dei beni debbono prestar cauzione (art. 26, capov. 2). Quanto alla restituzione delle rendite è da osservarsi che, ad eccezione degli ascendenti, discendenti e coniugi, gli altri immessi non godono nei primi trent'anni che una parte delle rendite, e l'altra parte resta riservata all'assente pel caso del suo ritorno entro il trentennio (art. 31).

sona fisica conservi la sua qualità di uomo, ma perda la capacità giuridica (*caput*): la perdita totale o parziale della capacità giuridica chiamasi in diritto romano *capitis deminutio.*

Il diritto romano distingue tre specie di *capitis deminutiones*, cioè la *maxima*, la *media* e la *minima*.

Maxima capitis deminutio. — Questa consiste nella perdita della libertà e porta con sè la perdita della cittadinanza e della famiglia, poichè uno schiavo non può essere cittadino romano [1].

Media capitis deminutio. — Si ha quando il libero cittadino romano perde la cittadinanza romana, conservando la libertà e porta con sè la perdita dei diritti di famiglia, non potendo in diritto romano la patria potestà, base del diritto di famiglia, sussistere che fra cittadini [2]. La cittadinanza romana si perde per rinuncia e per la *interdictio aqua et igni*. L'*interdictio aqua et igni* era un mezzo indiretto per obbligare il cittadino romano all'esilio, che direttamente non si sarebbe potuto infliggere. Nell'età imperiale questa pena fu applicata sotto forma di deportazione (*deportatio in insulam*). Essa si perdeva anche per l'accettazione di un diritto di cittadinanza straniera [3] e per il passaggio ad una colonia latina [4].

Nel diritto italiano, secondo la rammentata legge 13 giugno 1912 n. 555 la cittadinanza si perde acquistando spontaneamente una cittadinanza straniera o, se questa si è acquistata senza concorso della volontà propria, dichiarando di rinunziare alla cittadinanza italiana: sempre però bisogna stabilire o avere sta-

---

[1] Fr. 11, *de capite minutis*, IV, 5 (Paulus, libro secundo, *Ad Sabinum*): *Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima, media, minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem et familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem ... constat.* Cfr. § 1, Inst., *de cap. dem.*, I, 16; Gai., *Inst.*, I, 160. — Le cause per cui un cittadino romano perde la libertà sono state esposte al § 5.

[2] § 2, Inst., *de cap. dem.*, I, 16: *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est.*

[3] Cicero, *Pro Balbo*, cap. XI, § 28: *Duarum civitatum civis esse nostro iure civili nemo potest: non esse huius civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest.* Id., *Pro Caecina*, 33, 34; *De oratore*, I, 10; *Pro domo*, 26, 30.

[4] Gai., *Inst.*, III, 56; Cicero, *Pro Caecina*, 33; *Pro domo*, 30.

bilito all'estero la propria residenza. Si perde ancora la cittadinanza persistendo in un impiego o nel servizio militare di uno Stato estero nonostante il divieto del governo italiano (ar. 8) [1]. Quando il marito ha perduta la cittadinanza la moglie anche la perde purchè acquisti la cittadinanza del marito e risieda con lui (art. 11) e la perdono i figli minori non emancipati, quando abbiano comune la residenza col genitore esercente la patria potestà o la tutela e acquistino la cittadinanza di uno Stato straniero (art. 12).

La cittadinanza perduta si riacquista prestando servizio militare o accettando un impiego dello Stato italiano; dichiarando di rinunziare alla nuova cittadinanza o provando di aver rinunziato all'impiego o al servizio militare prestato a uno Stato estero nonostante il divieto dello Stato italiano [2] o infine risiedendo per due anni nel regno se la perdita era derivata dall'acquisto di una cittadinanza straniera. Non è necessaria la residenza nel regno ma occorre il permesso del governo per riacquistare la cittadinanza quando si sia abbandonato da oltre due anni la residenza nello Stato cui appartiene per trasferirsi in altro Stato del quale non si assuma la cittadinanza (art. 9).

I figli minori non emancipati di chi ritorna cittadino divengono cittadini, salvo che risiedendo all'estero conservino la cittadinanza straniera secondo la legge dello Stato cui appartengono (art. 12).

La donna cittadina divenuta straniera per avere sposato uno straniero o perchè il marito abbia perduta la cittadinanza italiana, riacquista la cittadinanza allo scioglimento del matrimonio se risieda o rientri nel Regno e dichiari di voler riacquistare la cittadinanza oppure protragga la residenza nel regno per oltre un biennio, qualora non abbia figli del matrimonio sciolto (art. 10 e 11).

Infine è da notare che chi non abbia cittadinanza italiana

[1] In questi casi tuttavia la perdita della cittadinanza non esime dagli obblighi del servizio militare, salve le facilitazioni concesse da leggi speciali (art. 8 ult. capov.).

[2] Nei due ultimi casi però è necessario stabilire nel Regno la residenza dentro l'anno della rinuncia (art. 9).

nè d'altro Stato ma risegga nel Regno è soggetto alle nostre leggi per l'esercizio de' diritti civili e l'adempimento del servizio militare (art. 14).

Capitis deminutio minima. — Questa ha luogo quando un cittadino romano esce dal legame della famiglia agnatizia *(familiae mutatio)*. Essa si verifica per il diritto giustinianeo nei seguenti tre casi: 1° quando una persona indipendente (*sui iuris*) viene assoggettata al potere di un'altra, il che succede nell'arrogazione e nella legittimazione (come sarà meglio spiegato nel capo secondo del libro quarto); 2° quando una persona sottoposta ad un'altra (*alieni iuris*) entra in una nuova famiglia, il che si verifica nel caso di piena adozione e nel caso di arrogazione pei figli dell'arrogato (§ 170); 3° quando una persona parimente *alieni iuris* diventa *sui iuris* per emancipazione (§ 171). Chè se la persona *alieni iuris* diventa indipendente per morte del padre di famiglia o per certe cariche onorifiche, il legame agnatizio non si scioglie, e quindi non si verifica la diminuzione di capo.

La *capitis deminutio minima* fa perdere tutti i diritti di agnazione, ma siccome nel diritto novissivo i più importanti diritti derivanti dall'agnazione passarono alla cognazione, la quale continua a sussistere ad onta del cangiamento di famiglia, così ne viene che la *capitis deminutio minima* nel diritto romano comune ha ben poca o nessuna importanza reale.

Secondo i principii del Codice civile non esiste diminuzione di capo minima nel senso vero e proprio. E difatti il nostro Codice non riconosce un vincolo civile di agnazione derivante dalla patria potestà, e per conseguenza non riconosce una famiglia *civile*, il cui cangiamento possa avere giuridica importanza. Gli effetti che secondo il nostro Codice derivano dalla patria potestà, dall'autorizzazione maritale, dall'adozione e dall'emancipazione saranno spiegati in luogo più opportuno, e specialmente nel libro quarto della parte speciale.

§ 9.

Condizioni naturali che modificano lo stato giuridico delle persone.

Molte sono le condizioni naturali che influiscono sullo stato giuridico delle persone ossia sulla loro capacità a compiere atti

giuridici [1]; ed a suo luogo se ne farà debita menzione. Qui ci limiteremo a dire brevemente e per sommi capi dell'influenza dell'età, del sesso, della salute fisica e morale, della condizione e professione, della religione, dell'origine e del domicilio.

DELL'ETÀ. — Il diritto romano stabilì sin dall'origine tre periodi di età, cioè l'infanzia, l'impubertà e la pubertà; ma poichè più tardi la pubertà fu divisa in età minore ed in età maggiore, si può dire che in complesso ne fece quattro.

Infanzia. — L'infante (come indica la stessa parola *infans, qui fari nequit*) è colui che non può parlare con discernimento e manca di seria intelligenza. Questo periodo dura sino al settimo anno compiuto, senza riguardo alcuno allo sviluppo individuale. Siccome l'infante non ha l'attitudine ad intendere le cose serie, così la legge lo considera privo di ogni volontà, e non gli accorda alcuna capacità di azione. L'infante adunque non può intraprendere alcun atto giuridico nè in suo danno nè in suo vantaggio [2].

Impubertà. — L'impubertà si estende fino ai quattordici anni nei maschi, e fino ai dodici nelle femmine. Gli impuberi che sono sotto tutela si chiamano anche pupilli. Gli impuberi o pupilli non sono affatto privi della capacità di azione, ma hanno una capacità assai limitata. Essi cioè sono incapaci di tutti quei negozi giuridici che potrebbero arrecare loro un nocumento; non possono per conseguenza obbligarsi, nè alienare, ma hanno la capacità di acquistare e di obbligare i terzi che contrattano con loro [3]. In vista di questa capacità limitata, gli impuberi non

[1] La capacità di compiere atti giuridici ossia la capacità di agire non va confusa con la capacità giuridica. Quest'ultima compete a tutte le persone (§ 4), mentre la capacità di agire può mancare, in tutto o in parte, per ragione di età o per altri motivi.

[2] GAIUS, fr. 1, § 13, *de obl. et act.*, XLIV, 7: *Huic* [*furioso*] *proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intelligat quid agatur.* § 10, Inst., *de inutil. stipul.*, III, 19 [20]: ... *infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum habent intellectum.*

[3] Pr. Inst., *de auctoritate tutorum*, I, 21; *si quid dari sibi* [*pupilli*] *stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quodsi aliis pupilli promittant, necessaria est; namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere iis facere etiam*

soggetti a patria potestà, acquistano un tutore, il quale interponendo la sua autorità viene a integrare la persona e la capacità dei medesimi [1]. Gli impuberi inoltre non possono, nemmeno con l'autorità del tutore, contrarre matrimonio [2], nè fare testamento [3]; bensì ponno contrarre sponsali [4].

L'pubertà. — Al cessare dell'impubertà succede la pubertà che s'estende a tutta la vita. Nell'antico diritto romano i puberi avevano intera capacità di agire, sia per disporre del loro patrimonio, sia per obbligarsi o agire in giudizio. Ma i più giovani per tal libertà venendo facilmente e di frequente ingannati, fin dal sesto secolo di Roma la legge *Plaetoria de circumscriptione adulescentium* venne in aiuto dei minori di venticinque anni, e da allora in poi la pubertà si suddivise in età minore e maggiore.

Età minore [5]. — Dai quattordici o dodici anni sino ai venticinque compiti, i puberi maschi e femmine chiamansi minori. Essi hanno piena capacità di agire e possono adunque conchiudere atti giuridici e contrarre obbligazioni di qualunque sorta [6]; ma, rimanendo lesi, si suppone che l'altra parte abbia abusato della loro inesperienza e leggerezza, e perciò il magistrato, oltre le pene stabilite dalla legge Pletoria, concede ai medesimi la restituzione in intiero, in virtù della quale si considera come non avvenuto l'atto dannoso (§ 46). Dal medesimo riflesso della inesperienza e leggerezza di spirito, che accompagna l'età minore, fu suggerita la cura dei minorenni (§ 178).

---

sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus ... si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

[1] Vedi §§ 173 e 175.

[2] Pr. Inst., *de nuptiis*, I, 10. Vedi § 161.

[3] Ulpianus, fr. 5, *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1; § 1, Inst., *cod.*, II, 12. Vedi § 183, testo e note.

[4] Modestinus, fr. 14, *de sponsal.*, XXIII, 1. Vedi il § 162.

[5] Cfr. Siro Solazzi, *La minore età nel diritto romano*, edito dalla Società editrice *Athenaeum*, Roma 1913.

[6] Per le alienazioni si richiede il consenso del curatore. C. 3, Cod., *de in int. restit. min.*, II, 22 [21]. Vedi il § 178.

Età maggiore. – Diconsi maggiorenni coloro che hanno compiti i venticinque anni, e per essi vale il diritto comune. La vecchiezza però dà diritto di farsi esonerare da alcuni uffici pubblici come quello della tutela (§ 174).

Il Codice civile non distingue quattro periodi di età, come il diritto romano, ma soltanto due, cioè quello dei minori e maggiori. I minori sono tutti quelli che non hanno compiti gli anni ventuno, maggiori gli altri (art. 240 e 323).

I maggiori di età sono capaci di tutti gli atti della vite civile, salve due eccezioni: 1° I figli maschi, che non hanno compiuti gli anni ventinque non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre e della madre [1]; chi vuole adottare deve aver compiuto i cinquant'anni, e se ha padre, madre o coniuge vivente, è necessario anche il loro consenso [2].

I minori sono in generale incapaci di compiere gli atti della vita civile [3] salve le seguenti eccezioni: chi ha compiuto diciotto anni può far testamento (art. 763) ed essere emancipato (art. 311). Per contrarre matrimonio basta l'età di diciotto anni per l'uomo e di quindici per la donna (art. 55).

DEL SESSO. — Il diritto romano non riconosce che maschi e femmine. Gli ermafroditi appartengono al sesso prevalente. Originariamente la donna, se non dipendeva dal padre o dal marito, era sottoposta a tutela perpetua (§ 177). Nel diritto giustinianeo in generale valgono per entrambi i sessi i medesimi principii, e le disposizioni legali pei maschi si applicano in dubbio anche alle femmine. In alcuni casi però esistono delle norme singolari per le donne, parte in loro favore e parte in danno delle medesime. Così, per esempio, la donna non è ammessa alla tutela che in casi eccezionali, non ha sui figli la patria potestà, non è ammessa all'esercizio dei pubblici uffizi, non può validamente far malleveria pel marito (§ 150) e via discorrendo.

[1] Art. 63. Se i genitori sono discordi, è sufficiente il consenso del padre. Se uno dei genitori è morto, o nell'impossibilità di manifestare la propria volontà, basta il consenso dell'altro. Vedi il § 161.

[2] Art. 202 e 208. Vedi il § 270.

[3] Art. 1107 e arg. art. 317. Vedi il § 202.

Anche il Codice civile italiano contiene alcune norme singolari per le donne. Così, per es., non possono essere tutrici, protutrici, curatrici, nè far parte dei consigli di famiglia, eccetto le ascendenti e le sorelle germane non maritate (268).

Le donne maritate, che non sieno commercianti, non possono fare certi atti, che eccedono l'ordinaria amministrazione dei loro beni, senza l'autorizzazione del marito (art. 134, 1743; cfr. art. 13, 14 cod. di comm.) ed in alcuni casi senza quella del tribunale (art. 136).

SALUTE FISICA E MENTALE. – Le malattie passeggere (*morbi*) e i difetti permanenti (*vitia*) [1] possono avere grande influenza anche in diritto, o perchè autorizzano talvolta a farsi dispensare da certi uffici pubblici [2], o privano della facoltà di compiere certi atti della vita civile. Così, per esempio, il muto e il sordo non possono far da testimoni nei testimenti [3]; gli evirati (castrati) non possono contrarse matrimonio, nè adottare [4]; i testamenti dei ciechi richiedono maggiori formalità [5].

Un' importanza ancor maggiore hanno i difetti mentali. Gli alienati di mente (*dementes, mente capti, furiosi*) siccome sono privi dell'uso della ragione, sono incapaci di conchiudere negozi

---

[1] MODESTINUS, fr. 101, § 2, *de V. S.*, L. 16: *Verum est* morbum *esse temporalem corporis imbecillitatem,* vitium *vero perpetuum corporis impedimentum, velut si talum* [*fregit vel oculum*] *excussit: nam et luscus utique vitiosus est.* JULIANUS, Fr. 60, *de re iud.*, XLII, 1: *Morbus sonticus existimandus est, qui cuiusque rei agendae impedimento est.*

[2] C. 1, Cod., *qui morbo*, V, 67 [68]: *Luminibus captus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut perpetua valetudine tentus tutelae seu curae excusationem habent.* Cfr. c. 1-4, Cod., *qui morbo*, X, 50 [51].

[3] § 6, Inst., *de testam. ordin.*, II, 10: ... *neque surdus, neque mutus ... possunt in numero testium adhiberi.*

[4] ULPIANUS, fr. 39, § 1, *de iure dot.*, XXIII, 3; § 3, Inst., *de adopt.*, I, 11. Il Cod. civ. (art. 107), dispone che « l'impotenza manifesta e perpetua, quando sia anteriore al matrimonio, può essere proposta come causa di nullità dall'altro coniuge ».

[5] C. 8, Cod., *qui test. fac. poss.*, VI, 22. Pel Cod. civ. i ciechi non possono far testamento segreto (art. 785), il sordomuto e il muto non possono far testamento pubblico (art. 786). Vedi art. 340.

giuridici di qualunque genere [1], e sono irresponsabili dei delitti che potessero commettere. È perciò che essi vengono sottoposti ad un curatore [2]. Durante i lucidi intervalli i furiosi sono considerati come persone di mente sana [3].

Sotto certi rapporti è equiparato alle persone non sane di mente il *prodigus cui bonis interdictum est*: esso non può diminuire il suo patrimonio [4], non può far testamento, nè assistere come testimonio a quello di un altro e riceve un curatore [5].

Secondo il Codice civile il maggiore di età e il minore emancipato, che si trovano in condizione di abituale infermità di mente, debbono essere interdetti (art. 324). Essi sono in istato di tutela (art. 329), non possono contrarre matrimonio (art. 61), nè fare testamento (art. 763), nè contrattare (art. 1106).

L'infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, ed il prodigo possono essere dichiarati inabili a fare atti che eccedono la semplice amministrazione, senza l'assistenza di un curatore da nominarsi dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 339).

CONDIZIONE E PROFESSIONE. — Per massima generale la diversità di condizione e di professione non ha alcuna influenza sui diritti privati. Tuttavia vi sono alcune norme speciali per alcune condizioni e professioni che saranno indicate di volta in

[1] § 8, Inst., *de inutil. stipulat.*, III, 19 [20]: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quid agit.* Cfr. fr. 5 e 40, *de reg. iur.*, L, 17; GAI., *Inst.*, III, 106.

[2] MODESTINUS, fr. 12, *ad leg. Corn. de sica.*, XLVIII, 8: *Infans vel furiosus, si hominem occiderunt, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat.* Vedi fr. 9, § 2, *de lege Pomp. de parric.*, XLVIII, 9. Vedi il § 178.

[3] JUSTINIANUS, c. 6, Cod., *de cur. furiosi*, V, 70 e c. 9, C., *qui test. fac. poss.*, VI, 22. Vedi anche c. 2, C., *de contr. emp.*, IV, 38.

[4] ULPIANUS, fr. 10, *de curat. furios.*, XXVII, 10: *Julianus scribit eos, quibus per praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia [quasi?] in bonis non habeant cum eis deminutio sit interdicta.* Vedi il § 178.

[5] ULPIANUS, fr. 18, pr. *qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1: *Is qui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure non valet ... Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat.* Vedi il § 173.

volta, quando tratteremo delle materie alle quali si riferiscono. Sin d'ora osserveremo che i militari possono far valido testamento senza l'osservanza delle solennità prescritte per i testamenti dei non militari *(pagani)*, che i chierici non possono contrarre matrimonio quando hanno ricevuto gli ordini maggiori, che i vescovi ed i monaci non possono essere tutori e così via dicendo.

RELIGIONE. — Nel diritto giustinianeo la religione di Stato è la cristiana, e soltanto il cristiano-cattolico *(fidelis)* gode la pienezza dei diritti civili. La condizione giuridica degli eretici e degli infedeli è molto peggiore, inquantochè, per esempio, non possono deporre in giudizio contro i cattolici, la dote delle loro mogli non gode di certi vantaggi, non è ammesso il matrimonio fra giudei e cristiani, ecc. Crediamo inutile qui occuparci delle particolarità riguardanti la condizione giuridica dei giudei, degli eretici e degli apostati, tanto più che il nostro Codice civile non tiene alcun conto della differenza fra una religione e l'altra.

ORIGINE E DOMICILIO. - L'origine, in diritto romano, era di doppia specie, cioè generale e speciale. L'origine generale era Roma patria comune di tutti i cittadini romani. L'origine speciale è il luogo dove ha domicilio il padre al momento della nascita del figlio legittimo.

Il domicilio di una persona è il luogo dove essa ha il centro della sua vita civile e sociale. Il domicilio di regola è volontario. Alcune persone hanno domicilio *necessario*, cioè i relegati nel luogo della loro relegazione, i militari nel luogo di guarnigione, i pubblici ufficiali nel luogo di ufficio, la moglie nel luogo dove è domiciliato il marito, il pupillo nel luogo sceltogli dal tutore, ecc. — Una persona può avere più domicilii, come avviene talvolta dei negozianti che hanno stabilimenti in luoghi diversi ed abitano alternativamente in questi luoghi, e dall'uno e dall'altro dirigono i loro affari, come da centro dei medesimi. Per contrario vi sono persone senza domicilio, e questi chiamansi vagabondi.

Il domicilio di una persona ha effetti giuridici importanti sulla condizione giuridica della medesima; perchè la legge del

domicilio determina la capacità dell'uomo [1], regola i suoi acquisti e le sue alienazioni, governa la forma esterna dei suoi atti giuridici e stabilisce i suoi oneri personali e la competenza dei suoi giudici.

Secondo il Codice civile italiano il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei suoi affari ed interessi: la sua residenza è nel luogo in cui ha la dimora abituale (ar. 26). Il trasferimento della residenza in un altro luogo coll'intenzione di fissarvi la sede principale produce cangiamento di domicilio (art. 17); per certi affari od atti si può eleggere domicilio speciale, ma quest'elezione deve risultare da prova scritta (art. 19).

§ 10.

Poteri di diritto privato ai quali le persone possono andare soggette.

Per diritto romano, come abbiamo spiegato, un uomo poteva non essere capace di diritto *(persona)* ed essere invece, come qualsiasi altra cosa corporale, oggetto del diritto di proprietà *(dominium)* di altri. Tale appunto vedemmo essere la condizione dello schiavo, il quale perciò non era neppure padrone del proprio corpo. Ogni altro uomo, che a tale dominio non era soggetto, e che per ciò stesso era a sua volta subbietto di diritto *(persona)*, era libero.

Se costui, nei rapporti del diritto privato, non era sottoposto ad altri, dicevasi *sui iuris;* ma se per una qualsiasi delle ragioni, che fra poco diremo, egli non era padrone della sua volontà, ma dipendeva dalla volontà di altri, nel senso cioè che non potesse efficacemente volere ed agire per conto proprio, ma solo per conto ed in forza del diritto della persona cui era soggetto, allora tale uomo si diceva *alieni iuris*, in opposizione al *sui iuris,* sopra spiegato.

[1] Trattandosi di stranieri, la loro capacità è regolata dalla legge della nazione a cui appartengono (art. 6 delle disposizioni premesse al Cod. civ.).

Onde apparisce che *ius*, in tali espressioni, viene a significare un potere di diritto privato, ossia una subordinazione della volontà di una persona libera alla volontà di un altro, ossia qualche cosa di sostanzialmente diverso dal *dominium*.

Nel diritto romano più antico tale potere di diritto privato poteva essere di tre specie: *patria potestas*, la *manus* e il *mancipium* [1].

Patria potestas. — La patria potestà è l'insieme dei diritti che il padre di famiglia ha sui proprii figli di famiglia. Anche gli schiavi erano soggetti alla potestà del loro padrone (*dominica, herilis potestas*), ma essi erano inoltre soggetti al dominio di lui, e quindi chiamavansi *servi in potestate*. I figli di famiglia invece erano bensì soggetti alla potestà del padre di famiglia (*patria potestas*), ma non al dominio, dappoichè essi erano persone libere, e quindi chiamavansi *liberi in potestate*. Di qui viene che il vocabolo *liberi* in lingua latina si adopera senz'altra aggiunta anche per indicare i figliuoli. Il diritto della patria potestà è rimasto anche nel diritto giustinianeo, e noi ne tratteremo nel capo secondo del libro quarto (§§ 167-171).

Manus. — La *manus*, rapporto analogo alla patria potestà, è un potere eventuale che il marito ha sulla moglie. Si disse potere *eventuale*, perchè non tutte le mogli erano soggette alla mano maritale. E difatti, come vedremo nel libro quarto (§ 160), la *manus* non era necessaria per l'esistenza del matrimonio, il quale poteva benissimo essere *sine manu*, senza perdere nulla della sua essenza.

Tre erano i modi per cui il marito poteva acquistare la *manus* sulla moglie, cioè la *confarreatio*, la *coemtio* e l'*usus*.

La confarreazione era una cerimonia religiosa in cui gli sposi, alla presenza del pontefice massimo e di dieci testimoni, offrivano a Giove una focaccia di farro, (onde il nome), e pronunziavano certe formule solenni e sacramentali [2]. La confarreazione

[1] Gai., I, 48, 49; *Quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*, 49: *Earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

[2] Gai., I, 112; Ulp., *Reg.*, IX: *Farreo conveniuntur in manum certis verbis*

era propria dei soli patrizi, e soltanto i figli nati da nozze confarreate avevano il diritto di aspirare alle più elevate dignità sacerdotali. L'uso della confarreazione andò sempre più diradando ed ai tempi di Gaio si faceva all'esclusivo effetto di abilitare i figli al sacerdozio [1].

La coenzione (*coemtio*) era una simbolica vendita fatta mediante la mancipazione alla presenza di cinque testimoni e del libripende [2].

L'uso era una terza maniera per acquistare la mano maritale, e ciò avveniva quando la moglie abitava un anno consecutivo presso del marito. Era una specie di usucapione (§ 66) mediante cui il marito acquistava la *manus* sulla moglie; ma questa poteva, volendo, impedire che il marito acquistasse su di lei quel potere; bastava ch'ella si allontanasse per tre notti consecutive dalla casa maritale. Con questa assenza interrompeva il possesso ed impediva che il marito acquistasse su di lei la *manus* [3]. E ciò poteva essere di grande interesse per lei dappoichè come tale conservava la proprietà dei proprii beni estradotali, mentre assoggettandosi alla mano maritale, diventava come figlia di suo marito (*loco filiae*) e per conseguenza non poteva avere alcun patrimonio, ma questo passava a titolo universale al marito.

MANCIPIUM. Il mancipio era il potere giuridico-privato che un libero cittadino romano poteva avere sopra un altro cittadino (analogamente alla potestà dominica di un padrone sopra uno schiavo), senza che la persona assoggettata a quel potere perdesse la libertà e la cittadinanza. Il mancipio nasceva dalla mancipazione che il padre di famiglia faceva ad altri di un suo figlio di famiglia, come pure dalla mancipazione che il marito

et testibus decem praesentibus et solemni sacrificio facto in quo panis quoque farreus adhibetur. Vedi il § 160.

[1] GAI., I, 112.

[2] GAI., I, 113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit is mulierem, cuius in manum convenit.* Vedi il § 160.

[3] GAI., I, 111. Vedi il § 160.

faceva della moglie sulla quale aveva la *manus* [1]. La mancipazione del figlio di famiglia poteva essere finta, o vera ed effettiva. La mancipazione finta non aveva altro scopo che di emancipare il figlio di famiglia dalla patria potestà o di darlo in adozione. La mancipazione vera ed effettiva si faceva allo scopo di far guadagno *(propter pecuniam)* o per indennizzare colui che era stato danneggiato da un delitto del figlio di famiglia *(noxae deditio)*. Nel caso di vero ed effettivo mancipio, il figlio mancipato, benchè giuridicamente libero, doveva prestare i suoi servizi al compratore come se fosse stato schiavo *(servi loco)*, possedeva niente in proprio, e tutto ciò che acquistava apparteneva al compratore, nel cui mancipio egli si trovava [2].

Nel diritto giustinianeo non esistono più il *mancipium* nè la *manus*, e non è rimasta che la sola patria potestà; ma simile condizione delle classiche *personae in causa mancipii* è quella di chi era stato riscattato per contratto a titolo oneroso dalla prigionia di guerra *(redemptus ab hostibus)* nei rapporti col redentore [3].

§ 11.

Delle persone giuridiche [4].

L'uomo fornito di capacità giuridica è una persona fisica ossia naturale. Accanto a queste persone fisiche o naturali la legge riconosce subbietti di diritti che non sono uomini. Questi sub-

---

[1] Gai., I, 116, 117 e 118. Vedi anche il § 171.

[2] Id., II, 86, 90 e 96.

[3] Confr. Pampaloni, *Persone in causa mancipii nel dir. rom. giustinianeo*, nel *Bullettino dell' Ist. di dir. röm.*, XVII, pag. 123 e seg.

[4] Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 5 vol., Firenze 1913; Ruffini, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi ed in F. C. di Savigny*, negli *Studi giuridici offerti a Francesco Schupfer*, Torino 1898, II, 313-333 e su di esso Enrico Serafini, in *Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III), 194-197; Ferrara F., *Le persone giuridiche*, Napoli 1910. Fra le opere straniere recenti sono soprattutto notevoli: Gierke, *Genossenschaftrecht*; Hölder, *Natürliche und juristiche Personen*, 1905; Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907; e per il diritto romano in ispecie: Mitteis, *Römische Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, 1908, pag. 337 e seg.

bietti non umani a cui la legge accorda la capacità giuridica si chiamano persone giuridiche, vale a dire persone che esistono soltanto per creazione giuridica e per fini giuridici.

La capacità artificiale delle persone giuridiche non si estende ai diritti famigliari, perchè questi presuppongono sempre un individuo umano come subbietto dei medesimi, ma si applica soltanto ai diritti patrimoniali. Ecco il perchè la persona giuridica viene molto opportunamente definita (per ciò che si riferisce al diritto privato): *un subbietto di diritti patrimoniali creato artificialmente.* Del resto la capacità giuridica di questi subbietti artificiali può essere più o meno estesa secondo lo scopo che si propongono e secondo il tenore della legge che li ha creati o riconosciuti. Quello che importa si è che ogni persona giuridica suppone per la sua esistenza una legge generale o speciale che riconosca in essa la qualità di persona.

In diritto romano si distinguono quattro specie di persone giuridiche, cioè le corporazioni nel senso ampio della parola (*universitates, civitates, municipia, coloniae, vici*), le fondazioni (*piae causae*), il tesoro dello Stato (*fiscus*) e, secondo l'opinione dei più, l'eredità giacente. Le prime, cioè le corporazioni o università, formano la specie più importante.

DELLE CORPORAZIONI (UNIVERSITATES). — Corporazione è quell'associazione di più persone fisiche unitesi per uno scopo determinato, alla quale sono accordati dallo Stato i diritti di persona. Esaminando questa definizione noi vediamo che tre sono le condizioni che costituiscono il concetto di corporazione, cioè la pluralità di persone fisiche, l'unione delle medesime per uno scopo determinato, e la personificazione da parte dello Stato.

Pluralità di persone fisiche. — Per formare una corporazione richiedonsi almeno tre persone fisiche. Ciò vale soltanto per la formazione di una corporazione, perchè, costituita che sia, essa può continuare anche con una sola persona [1].

[1] MARCELLUS, fr. 85, *de verb. signif.*, L. 16: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.* ULPIANUS, fr. 7, § 2, *quod cuiuscumque universitatis*, III, 4: ... *si universitas ad unum redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recideril, et stet nomen universitatis.*

Riunione per uno scopo determinato. — Di regola lo scopo per cui si costituisce una corporazione è perpetuo: ma ciò non è necessario, potendo lo Stato accordare i diritti corporativi anche ad un'associazione di persone, che si siano riunite per uno scopo passeggiero. Quello che importa è che lo scopo sia *determinato*, poichè la corporazione resta pur sempre una persona *relativa*, cioè una persona nei limiti dello scopo per cui si è costituita. Lo Stato poi può accordare la qualità di persona giuridica a qualsiasi associazione e per qualsiasi scopo, per esempio ad associazioni industriali, a società di commercio, a confraternite e così via dicendo.

Personificazione da parte dello Stato. — L'uomo, pel solo fatto della sua materiale esistenza, ha la capacità di diritto; e la schiavitù riconosciuta dai Romani e dagli altri popoli dell'antichità non era che un'eccezione. A quel segno visibile, quale è la nascita dell'uomo, ogni giudice conosce senz'altro i diritti che deve proteggere. Ma quando la capacità naturale dell'uomo viene artificialmente estesa ad un essere ideale, quel segno visibile manca, e non c'è che la volontà del potere sovrano che vi possa supplire creando artificialmente dei subbietti giuridici. Resta adunque fermo che non vi può essere associazione con diritti corporativi, cioè avente qualità di persona, senza che questa qualità venga riconosciuta dallo Stato [1], sia mediante una legge generale, come avviene pei municipii, le provincie [2], ecc., sia mediante una disposizione speciale, che ad una data associazione conferisca i diritti corporativi [3].

I diritti della corporazione poi debbono essere ben distinti dai diritti dei singoli membri che la compongono, poichè la corporazione è una persona giuridica del tutto distinta da essi. La corporazione adunque ha un patrimonio disgiunto da quella dei singoli associati. Questi ultimi possono avere crediti o debiti

[1] GAIUS, fr. 1, pr. *quod cuiusc. univ.*, III, 4: *Neque societas, neque collegium, neque huius modi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coërcetur.*

[2] Cod. civ., art. 2: *I comuni, le provincie, gli istituti civili ed ecclesiastici ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone.*

[3] Legge 15 aprile 1886, n. 3818.

verso la corporazione, e i debiti o i crediti di quest'ultima non si possono considerare come debiti o crediti proprii dei singoli [1]. Di qui viene che un comunista non può convenire in giudizio i debitori del comune cui esso appartiene, nè può essere convenuto pei debiti del comune dai creditori di questo. Il vero subbietto di diritto è sempre la corporazione e non il singolo membro della medesima.

Ciò non esclude però che in certe specie di corporazioni (private) i singoli associati abbiano diritto alle rendite ed ai guadagni del patrimonio della corporazione e in caso di scioglimento di questa sieno partecipi del patrimonio stesso. In breve, tutto dipende dalla qualità della corporazione: in alcune, cioè nelle pubbliche, i membri non partecipano direttamente nè alle rendite nè ai guadagni, e in caso di scioglimento della corporazione, il patrimonio di questa non si divide fra i singoli membri, ma qualora la corporazione non ne abbia validamente disposto prima del suo scioglimento, è bene vacante e passa allo Stato: in altre (private) invece avvi partecipazione diretta più o meno estesa ai singoli associati. In ogni caso però è sempre la corporazione il vero substrato dei diritti e delle obbligazioni, e non i singoli membri che la compongono.

Il vocabolo corporazione, come abbiamo detto, è termine generico che abbraccia ogni sorta di associazioni di persone fisiche purchè il diritto pubblico e le leggi dello Stato riconoscano alle medesime il carattere di persona giuridica. Presso i Romani, per esempio, erano corporazioni, oltre ai municipii ed ai comuni, anche i *collegia* e *sodalicia*, i *corpora publicanorum*, cioè quelli dei *soci vectigalium publicorum, salinarum*, ecc.

Le leggi del regno attribuiscono espressamente il carattere di persona giuridica ai comuni, alle provincie, agli istituti pubblici civili ed ecclesiastici, ed in generale a tutti i corpi morali legalmente riconosciuti [2].

Non bisogna confondere i corpi morali, legalmente riconosciuti,

[1] Ulpianus, fr. 7, § 1, *quod cuiusc. univ.*, III, 4: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*

[2] Cod. civ., art. 2, e Cod. di commercio, arg. dall'art. 77.

con le semplici società civili, poichè fra queste e quelli esistono grandi differenze: 1° Nelle società civili lo scopo comune è del tutto subordinato ai fini privati dei singoli soci; nei corpi morali invece predomina lo scopo comune. 2° Nelle società il singolo non si priva intieramente e definitivamente dei beni, che egli conferisce nella società: ma da padrone esclusivo che ne era, ne diventa comproprietario, cioè conserva una quota di ciò che era tutto suo, e alla sua volta acquista una quota parte di ciò che prima spettava per intiero agli altri soci ed ora è bene comune di tutti i compartecipi: e di questo patrimonio comune può chiedersi la divisione. Al contrario, nei corpi morali il singolo si spropria interamente di quello che contribuisce: quanto viene conferito dai singoli membri e tutti gli acquisti spettano alla corporazione di cui formano il patrimonio, il quale non appartiene nè in tutto nè in parte ai singoli membri; e come questi non hanno alcuna comproprietà del patrimonio della corporazione, così non possono nemmeno chiederne la divisione. 3° I corpi morali possono essere istituiti eredi, non così le società. 4° La società finisce per la morte di alcuno dei soci e così pure per la volontà espressa da uno o più soci di non voler continuare la società [1]; invece la corporazione è indipendente dall'esistenza di alcuni dei suoi membri, e perfino nel caso che tutti sieno mutati, l'unità continua a vivere [2]. 5° I corpi morali riconosciuti, siccome esistono legalmente come persone, possono convenire in giudizio i terzi, ed essere da loro convenuti; invece la società, come ente collettivo non può stare in giudizio, ma debbono comparirvi i soci *uti singuli*, o come mandanti delle persone che stanno a capo della società.

Alquanto diverse dalle società civili sono quelle commercial che rispetto ai terzi costituiscono enti collettivi distinti dalle

[1] MODESTINUS, fr. 4, § 1, *pro socio*, XXII, 2: *Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate.* Codice civile, art. 1729, n. 3 e 5.

[2] ULPIANUS, fr., § 2, *quod cuiuscumque univ.*, III, 4: *In decurionibus v. aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneat v. omnes immutati sint. Sed, et si universitas ad unum redit, magis admittitur posse cum convenire et conveniri, cum ius omnium in unam recideret et stet nomen universitatis.*

persone dei soci [1]; ma neppure esse si possono confondere coi corpi morali [2].

Come si disse, lo Stato può concedere la qualità di persona anche a libere associazioni. Così le società operaie di mutuo soccorso possono, nei modi stabiliti dalla legge 15 aprile 1886, conseguire la personalità giuridica, purchè si propongano il fine di assicurare ai soci un sussidio nei casi di malattia, di impotenza al lavoro o di vecchiaia; o quello di venire in aiuto alle famiglie dei soci defunti [3].

La corporazione, come si è già detto, ha capacità di avere diritti ed obbligazioni; ma per intraprendere atti giuridici, ed acquistare con essi diritti ed obbligazioni, richiedesi la capacità di agire. Ora siccome la corporazione è un essere fittizio privo di volontà, così non può intraprendere da sè alcun atto di acquisto, non può avere alcuna capacità di agire. Nulla si oppone però che la corporazione faccia acquisti per mezzo dei suoi rappresentanti, secondo le disposizioni della sua costituzione e dei proprii statuti. Se poi gli statuti non conferissero quelle facoltà ad appositi organi, decide la maggioranza dei membri componenti la corporazione. In mancanza di apposite norme, vale la massima generale che tutti i membri devono essere debitamente invitati all'adunanza, e che le deliberazioni si prendono a maggioranza assoluta di voti, cioè colla metà più uno dei voti degli intervenuti.

I comuni, le provincie, e in genere le associazioni che ottennero dallo Stato la qualità di persona giuridica, si chiamano corporazioni *(universitates)*; gli istituti civili ed ecclesiastici appartengono alla seconda specie delle persone giuridiche, cioè alle fondazioni.

DELLE FONDAZIONI [4]. — Si chiamano fondazioni gli istituti civili o ecclesiastici diretti ad uno scopo di pubblica utilità, di be-

[1] Cod. di commercio, art. 77 e Cod. civ., arg. dall'ar. 418.

[2] Manca la causa pubblica. Vedi anche i verbali della Commissione di coordinamento del Codice civile. Verb. 21, seduta del 6 maggio 1865.

[3] Art. 1 della legge 15 aprile 1886, n. 3818.

[4] Nel diritto romano son dette « *piae causae* ». Cfr. CUGIA, *Il termine « piae causae »* (In *Studi per Fadda*, Napoli 1906, vol. V, pag. 29).

neficenza o di culto. Nelle fonti del diritto romano sono specialmente ricordate come fondazioni, aventi il carattere di persona giuridica, le chiese, i monasteri, gli ospizi, gli orfanotrofi, gli ospedali [1], ecc. Come persona giuridica è riguardato lo stesso patrimonio della fondazione, cioè l'insieme dei beni e diritti che servono di mezzo per raggiungere lo scopo utile al quale la fondazione è diretta. Anche queste fondazioni hanno i loro amministratori che le dirigono, ma quegli amministratori non sono essi i subbietti dei diritti e delle obbligazioni della fondazione, gli amministratori sono soltanto i suoi organi, ed il vero subbietto dei diritti e delle obbligazioni è il patrimonio della fondazione. Talvolta il conseguimento dello scopo propostosi dalla fondazione s'incorpora in un pubblico stabilimento, ed allora concorre colla personificazione del patrimonio la personificazione dello stabilimento. Ma sia che si personifichi la fondazione stessa, sia che si personifichi lo stabilimento, il concetto giuridico è lo stesso: la diversità non sta che nell'oggetto che si ha di mira. Il vero substrato è sempre il patrimonio che serve di mezzo a raggiungere lo scopo di generale utilità per cui la fondazione è stata creata.

Le nostre leggi distinguono le istituzioni pubbliche di beneficenza dalle altre fondazioni.

Sono istituzioni pubbliche di beneficenza le opere pie ed ogni altro ente morale, che abbia in tutto o in parte per fine di prestar assistenza ai poveri, di procurare l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, o in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico [2].

Perchè una istituzione di pubblica beneficenza abbia la qualità del corpo morale legalmente riconosciuto, si richiede un decreto reale, previo parere del consiglio comunale e del consiglio di Stato [3].

[1] Brugi, *Della prima forma che ebbero le pie fondazioni cristiane nel diritto romano*, Venezia 1896.

[2] Articolo 1° della legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza 17 luglio 1890, n. 6972.

[3] Legge citata, art. 51. Se la nuova istituzione concerne più comuni o l'intera provincia, si richiede il parere del consiglio provinciale.

La congregazione di carità, appena abbia ricevuto la denunzia di donazione o di lasciti aventi per scopo la pubblica beneficenza, deve fare gli atti conservativi occorrenti a promuovere, ove ne sia il caso, il riconoscimento legale dell'ente [1].

La legge italiana, derogando al principio, sancito anche dall'art. 724 del Codice civile, che sono incapaci di succedere coloro che al tempo dell'apertura della successione non esistano o non siano concepiti, permette che con disposizione testamentaria si fondino, anche in modo diretto, istituti aventi carattere di pubblica beneficenza [2].

Non sono comprese nelle istituzioni di pubblica beneficenza le fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie determinate, non soggette a devoluzione a favore della beneficenza pubblica, nè le società ed associazioni regolate dai Codici civile e commerciale, come non vi sono compresi i comitati di soccorso, nè altre istituzioni temporanee, mantenute col contributo di soci, o con oblazioni di terzi [3].

Fino a tanto che una fondazione non avente carattere di pubblica beneficenza non sia stata eretta in corpo morale, non ha giuridica esistenza, e quindi sarebbe nulla la istituzione di erede fatta direttamente in testa della medesima [4].

DEL FISCO [5]. — Per fisco s'intende il patrimonio dello Stato, considerato come persona giuridica, o, per meglio dire, lo Stato stesso quale subbietto di rapporti giuridici patrimoniali. In origine il *fiscus* era il patrimonio particolare dell'imperatore, distinto dal tesoro pubblico *(aerarium)* che, colla monarchia assoluta, finì per assorbire: il fisco è una persona sola; ed i singoli

[1] Legge citata, art. 84, ultimo capoverso.

[2] Legge citata, art. 84, prima parte.

[3] Legge citata, art. 2.

[4] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, vol. I, pag. 150-153, § 45, nota 5. La disposizione della prima parte dell'art. 84 della legge sulle istituzioni di pubblica beneficenza, siccome costituisce un'eccezione alla regola, non può estendersi per analogia ai casi non contemplati.

[5] Vedi LONGO A. nell'*Archivio giur.*, XLVII, 109-148; VASSALLI, *La dottrina giuridica del fisco*, Roma 1908; MITTEIS, *loc. cit.*; PACINOTTI, *Fisco*, in *Diz. prat. di dir. priv.*, Milano 1911.

uffici fiscali *(stationes fisci)*, sebbene sotto certi riguardi vengano considerati come corpi indipendenti, non costituiscono però altrettante persone giuridiche.

EREDITÀ GIACENTE [1]. — L'eredità lasciata dal defunto, sino a tanto che non è stata adita dal chiamato, è in realtà un patrimonio senza padrone *(hereditas iacens)*. Nell'interesse del futuro erede, questo patrimonio ereditario viene dalla legge trattato come al tempo in cui viveva il testatore: si considera l'eredità stessa come la padrona di quel patrimonio, e si finge che in essa continui la personalità del defunto. Per tal modo l'eredità giacente può acquistare e perdere diritti, si considera in luogo e vece del defunto, e si finge che continui la capacità giuridica di lui [2]. Mediante tale finzione la eredità giacente è una specie di persona giuridica capace di diritti e di obbligazioni, come spiegheremo meglio nel libro quinto [3].

CAPO III.

Degli obbietti dei diritti o teorie generali sulle cose.

§ 12.

Concetto di cosa.

Nel linguaggio ordinario si dice cosa ogni oggetto materiale dall'uomo infuori [4]. Sotto l'aspetto del diritto cotesta idea, a somiglianza di quella di persona, da un lato è più estesa, più

[1] Vedi DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* (in *Studi per Scialoja*, 1905, vol. II).

[2] ULPIANUS, fr. 34, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Hereditas defuncti personam sustinet*. Nel fr. 31, § 1, *de her. inst.*, XXVIII, 5, e nel fr. 13, § 2, *ad Leg. Aq.*, IX, 2, l'eredità giacente è chiamata *domus*.

[3] L'eredità giacente non è però parificata in tutto alle altre persone giuridiche: così per esempio non potrebbe essere istituita erede. Vedi § 179. Così pure il diritto romano non ammetteva *furto* a danno della *hereditas iacens*.

[4] Presso i Romani erano cose anche gli schiavi.

ristretta dall'altro; è più estesa, poichè vi si comprendono varii enti immateriali, cioè i diritti; più ristretta, rimanendone escluse quelle cose che non possono essere oggetto di diritti, come, p. e., la luna, l'universo, ecc.

Nel linguaggio giuridico adunque è cosa tutto ciò che può essere obbietto di un diritto patrimoniale [1].

Confrontando il concetto volgare con quello giuridico di cosa, appare necessario di distinguere le cose corporali dalle incorporali.

Cose corporali ed incorporali. — Le cose che esistono fisicamente, che cadono sotto i sensi, diconsi corporali; quelle invece che non occupano spazio, ma si concepiscono dal solo intelletto, si dicono incorporali. Alle prime appartengono tutti gli oggetti materiali, come un campo, una veste, uno schiavo [2]; alle seconde i diritti considerati in sè, come l'eredità, l'usufrutto, i crediti [3].

Premesso il concetto di cosa, passiamo ad esporne le principali distinzioni.

[1] ULPIANUS, fr. 23, *de verb., signif.*, 50, 16: *Rei appellatione et causae et iura continentur.*

[2] Pr. Inst., *de reb. incorp.*, II, 2: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.* § 1: *Corporales sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.*

[3] 2, § 2, Inst., *eod.*: *Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt. Qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est.* § 3: *Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.* Stando a questa definizione, tutti i diritti sarebbero cose incorporali; ma i Romani fanno un'eccezione pel diritto di proprietà che considerano come cosa corporale, ossia identificano col suo obbietto. La ragione è che il diritto di proprietà si confonde colla cosa che ne forma l'oggetto e l'abbraccia tutt'intiera. Di qui viene che si oppone di sovente il diritto di proprietà come cosa corporale, agli altri diritti come incorporali: fr. 13, § 1, *de damno infecto*, XXXIX, 2: *sive corporis dominus, sive is qui ius habet, ut puta servitutem.* Cfr. fr. 8, pr., *quib. mod. pign. solv.*, XX, 6; fr. 3, pr., *de bon. poss.*, XXXVII, 1; *Vatic. fragm.*, 92).

Nelle fonti noi troviamo varie teorie riguardo alle divisioni delle cose.

La divisione fondamentale, più antica, sarebbe quella di *res divini iuris* e di *res humani iuris* [1]. Le Istituzioni presentano come principale la distinzione fra *res quae in patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur* [2]. Questa divisione, che è tratta dalle Istituzioni di Marciano [3], combinata col testo di Gaio, è spiegata da Giustiniano con una certa confusione di concetti e di parole. La distinzione fondamentale è però quella che deriva dalla diversa attitudine delle cose all'appropriazione umana (*res in commercio* e *res cuius commercium non est*). Seguono poi le varietà, che derivano dalla diversa natura delle cose, e che, esposte in differenti luoghi delle fonti, è bene presentare qui raggruppate.

§ 13.

Delle cose in commercio e fuori di commercio.

Le cose sono destinate alla soddisfazione dei bisogni dell'uomo ed al conseguimento di fini umani. Di regola queste cose son tali che possono essere nell'esclusivo dominio di uno o più determinati individui, possono acquistarsi liberamente dai privati, alienarsi e trasmettersi, sia con atto tra vivi, sia con atto di ultima volontà dall'una nell'altra persona. Tali cose che dai privati possono comprarsi e vendersi, o trasferirsi in altro modo, chiamansi cose in commercio. Vi sono però alcune cose, che per la loro destinazione sono sottratte al commercio dei privati, vale a dire non è permesso che su di esse si possano acquistare diritti secondo i principii che valgono per le altre cose. Tali cose diconsi fuori di commercio. Alle cose fuori di commercio appartengono le cose comuni, le cose pubbliche e le cose di diritto divino. Si deve tuttavia avvertire che quando cessa quella de-

[1] Gai., *Inst.*, II, 8, fr. 1, *de div. rer.*, I, 8: *Summa rerum divisio in duos articulos deducitur; nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

[2] Pr. Inst., *de rer. div.*, II, 1. Cfr. Gai., *Inst.*, II, 1.

[3] Marcianus, fr. 2, *de rerum divis.*, I, 8.

stinazione all'uso pubblico o al culto divino, le cose pubbliche e divine possono rientrare nella sfera delle cose in commercio.

COSE COMUNI. — Le cose comuni sono quelle che non trovansi nel dominio di alcuno, ma di cui l'uso è concesso a tutti. Tali sono l'aria, il mare e l'acqua corrente [1].

COSE PUBBLICHE. — Cose pubbliche sono quelle che appartengono allo Stato, o ad una data comunità (*universitas*), ma l'uso delle quali è comune a tutti, almeno nel senso che esse sono destinate ad un servizio pubblico (*quae in usu publico habentur*). Tali sono le strade, le vie, le piazze pubbliche, i laghi, i fiumi e gli stagni pubblici, i templi e teatri pubblici, ecc. [2].

COSE DI DIRITTO DIVINO. — Appartengono a queste le cose consacrate al culto divino (*res sacrae*), o poste sotto la speciale protezione della divinità (*res sanctae*), i cimiteri, i sepolcri ed anco le cose mobili unite al cadavere (*res religiosae*). In diritto romano le cose di diritto divino erano sottratte intieramente alla

---

[1] L'acqua corrente (*aqua profluens*) come tale non può essere oggetto di diritto privato, perchè inapprensibile, ed è sotto questo aspetto che i Romani la considerano come *res communis omnium*, al pari dell'aria e del mare (§ 1, Inst., *de rer. div.*, II, 1); ma il complesso di un'acqua, ossia un corpo d'acqua, può benissimo essere oggetto di proprietà, sia dello Stato, sia dei privati.

Quanto all'aria ed al mare è superfluo avvertire che da queste cose comuni si possono benissimo separare parti o frazioni e queste parti disgiunte cessano (finchè dura la separazione) di essere una cosa comune. Così per es., si può avere la proprietà del *gas*. Il passo citato delle Istituzioni colloca fra le cose comuni anche i lidi del mare: ma, come dispone anche il fr. 3, pr. *ne quid in loco publ.* (43, 8), le rive del mare formano parte del territorio dello Stato e il loro uso è determinato appunto dalle leggi di ogni singolo Stato. Presso di noi esistono apposite disposizioni nella legge sui lavori pubblici (allegato *F* della legge per l'unificazione amministrativa del 20 marzo 1865) e nel Codice della marina mercantile. Anche presso i Romani era necessario ottenere il permesso dell'autorità per far costruzioni sulle rive del mare (fr. 50, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1, e citato fr. 3, *ne quid in loco publ. fiat*). PAMPALONI, *Sulla condizione giuridica delle rive del mare*, nel *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, IV, fasc. 3-4. Sulle *res communes* vedi MANENTI, *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche ed alle communes omnium*, in *Filangeri*, XIX, I, pag. 321 e 492.

[2] POMPONIUS, fr. 6, pr. *de contr. emt.*, XVIII, 1.

proprietà, ma in diritto moderno esse possono appartenere ad un dato corpo morale e anche ad un privato [1].

Tutte le cose che non sono nè comuni, nè di diritto divino, nè pubbliche, sono cose in commercio.

Secondo il Codice civile, sono fuori di commercio i beni di demanio pubblico dello Stato e quelli di uso pubblico delle provincie e dei comuni.

I beni di demanio pubblico sono in potere dello Stato a titolo di sovranità, e comprendono le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni, le spiaggie, i fiumi e torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze (art. 427). Essi sono per loro natura inalienabili e non possono esser oggetto di legittimo possesso, nè di usucapione [2].

Oltre ai beni demaniali, nei quali si rispecchia prevalentemente la personalità politica, lo Stato, le provincie ed i comuni, nella loro qualità di persone giuridiche, possono avere beni patrimoniali, che posseggono, come qualunque privato, a titolo di proprietà [3].

I beni patrimoniali dello Stato si suddividono in disponibili e non disponibili. Sono disponibili quello dei quali si può effettuare la vendita, la permuta, la cessione, ecc., in virtù ed in conformità di speciali leggi di autorizzazione. Al contrario diconsi non disponibili quegli altri beni, sui quali lo Stato, sia per la loro destinazione a servizio governativo, sia per disposizioni di leggi speciali, non può fare alcuna di tali operazioni [4]. Così, p. es., sono non disponibili le armi, le munizioni e tutto il materiale da guerra, i beni assegnati in dotazione alla Corona, ecc.

---

[1] Per esempio, le cappelle private, i sepolcri privati, ecc. Vedi FADDA, *Sul « ius sepulchri »* (Foro it., 1882, pag. 42 e seg.); PRANZATARO, *Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica*, Torino 1895.

[2] Cod. civ., art. 430, 690; 23, Regolamento di contabilità dello Stato, 4 maggio 1885 (art. 2).

[3] Art. 2, 428, 432 Cod. civ., e art. 1° del citato reg. 4 maggio 1885.

[4] Art. 10 del citato reg. di contabilità dello Stato. [Su tutto questo argomento vedi la dotta trattazione del FILOMUSI-GUELFI ne' suoi *Diritti reali*, pag. 49-129].

§ 14.

Delle cose in patrimonio e fuori di patrimonio.

Le cose fuori di patrimonio sono quelle che *attualmente* non sono nel patrimonio di alcun privato, sia che non possano trovarvisi, come le cose comuni ed altre cose fuori di commercio, sia che possano bensì trovarvisi, ma attualmente non vi si trovino, come le *res nullius*. Alle *res nullius* appartengono: 1° quelle cose che non furono mai occupate da persona, come, per esempio, gli animali selvatici nella loro naturale libertà, i coralli nel mare, le pietre preziose, le perle che si trovano in *litore maris*, ecc.; 2° le cose derelitte, quelle cioè che, dopo aver avuto un padrone, furono da questo abbandonate, senza che un altro siasene impadronito.

§ 15.

Delle cose mobili ed immobili.

Questa divisione è di somma importanza, specialmente nel diritto moderno. Nella evoluzione del diritto romano, la sua importanza fu avvertita soltanto in qualche speciale caso, e assunta come distinzione fondamentale solo dal diritto giustinianeo. Il concetto è facile. Diconsi immobili quelle cose che non si possono trasportare da un luogo all'altro senza alterarne la sostanza o la forma, come i terreni e gli edifici. Sono invece mobili quelle cose che si possono trasportare senza che cangino di sostanza o mutino di forma.

Cose immobili. – Gli immobili si dividono in fondi rustici e fondi urbani. Diconsi rustici quelli destinati alla coltura, come i campi, i prati, nulla importando se sieno in città o fuori. I fondi urbani sono gli edifici, senza riguardo alcuno se sieno posti dentro o fuori della città.

Alcune cose che per loro natura sarebbero mobili, possono trovarsi in tal congiunzione fisica con un immobile, da formarne parte integrante e non avere un'esistenza separata e distinta,

come, per esempio, gli alberi radicati nel suolo [1] ed i materiali di cui è composta una casa [2]. Finchè dura la congiunzione fisica di queste cose coll'immobile di cui sono un'accessione, si possono considerare anch'esse come immobili per accessione [3].

Il Codice civile considera come immobili non solo le parti integranti di un immobile (art. 414), ma perfino le pertinenze, destinate a servizio di un fondo, come gli animali addetti alla agricoltura, gli strumenti rurali, il fieno somministrato agli affittuari, la paglia, lo strame, il concime, i piccioni delle colombaie, i conigli, gli alveari e simili (art. 413).

Questa disposizione, che erroneamente si crede tolta dal diritto romano, proviene da una deplorevole confusione fra la qualità di pertinenza e la qualità immobiliare di una cosa. Le pertinenze di una casa o di un fondo possono essere tanto mobili che immobili. Così, per es., le chiavi delle porte sono pertinenze della casa [4]; la paglia, lo strame ed il concime, sono pertinenze del fondo al quale sono destinati [5]; lo stesso dicasi dei pali delle viti *qui exempti sunt hac mente ut collocentur* [6]; ma tali cose non cessano per questo di essere mobili, e quindi si debbono applicare ad esse tutti i principii, che valgono per le cose mobili, come, p. es., il tempo più breve per l'usucapione, le regole del pegno di cose mobili, della dote di cose mobili, ecc. I giurecon-

[1] POMPONIUS, fr. 40, *de actionibus empti vend.*, XIX, 1: *arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo, et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed e empto habet actionem.*

[2] GAIUS, fr. 7, § 10, *de adquir. rer. dom.*, XLI, 1: *...omne quod inaedificatur solo cedit.* ULPIANUS, fr. 50, *ad legem Aquil.*, IX, 2: *Superficies ad dominum soli pertinet.*

[3] Vedi più innanzi il § 19.

[4] ULPIANUS, fr. 17, *de actionibus empti et venditi*, XIX, 1.

[5] ULPIANUS, fr. 17, § 2, *loc. cit.*: *Fundo vendito vel legato sterculium et stramenta emptoris et legatarii sunt, ligna autem venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In stercudino autem distinctio Trebatii probanda est, ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi, venditorem.*

[6] ULPIANUS, fr. 17, § 11, *loc. cit.*: *Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt.*

sulti romani dicono bensì che tali cose *fundi sunt* [1], ma queste parole significano soltanto che ogni disposizione giuridica (vendita, legato, ecc.) riguardante la cosa principale s'intende di regola estesa anche alle pertinenze [2].

Cose mobili. — Fra le cose mobili vanno annoverate anche le semoventi, quelle cose cioè che si muovono per propria forza organica ed animale, e sono gli schiavi e gli animali bruti. Questi ultimi poi si distinguono in animali selvatici, mansueti e mansuefatti. *Selvatici* sono quelli che vivono nella loro naturale libertà, come gli orsi, le lepri, i pesci e perfino le api. Sono *mansueti* quelli che convivono coll'uomo, come i cani, i gatti, i polli, insomma tutti quelli che si conoscono sotto il nome di animali domestici. Diconsi *mansuefatti* gli animali, selvatici per natura, che, ammaestrati dall'uomo, sono diventati mansueti al pari degli animali domestici, come, p. es., i cervi.

Diritti mobiliari e immobiliari. — Secondo il nostro Codice civile, i diritti reali si considerano anch'essi come mobili o come immobili, a seconda degli oggetti a cui si riferiscono.

Sono quindi considerati immobili per l'oggetto cui si riferiscono: i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; il diritto di usufrutto e di uso delle cose immobili, e quello di abitazione; le servitù prediali; le azioni che tendono a ricuperare immobili a diritti ad essi relativi [3].

Sono poi mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie [4], che hanno per oggetto somme di danaro o effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili [5]. In questo ultimo

---

[1] Ulpianus, fr. 13 e fr. 17, pr. §§ 2 e 7, *loc. cit.*

[2] Ulpianus, fr. 13, § 3, *loc. cit.*: *Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, ut puta putealia.*

[3] Art. 415. Vedi più innanzi i §§ 37, 75, 80, 82, 85, 87, 90, 98.

[4] Perchè il credito garantito dall'ipoteca è pecuniario, quindi è diretto a conseguire una cosa mobile, cioè, il danaro.

[5] Il Codice considera il fondo sociale come appartenente alla società, quale ente collettivo distinto dalle persone dei soci.

caso tali azioni o quote di partecipazione sono riputate mobili riguardo a ciascun socio [1], e pel solo tempo in cui dura la società [2]. Sono ugualmente riputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati [3], salvo quanto alle rendite sullo Stato le disposizioni delle leggi relative al debito pubblico [4].

§ 16.

Cose fungibili e infungibili, consumabili e inconsumabili.

Cose *fungibili* sono quelle che possono essere surrogate da ogni altra cosa dello stesso genere; come p. es., gli esemplari della stessa edizione di un libro, o le monete di determinata specie e valore fra di loro, un sacco di grano che può avere un esatto surrogato in un altro sacco. Se tali cose vengono in considerazione per la quantità, cioè per il numero, il peso o la misura, si chiamano anche cose quantitative, *quantitates*, ossia *res quae numero, pondere, mensura consistunt* [5]. Le altre cose fungibili, che si considerano in commercio per le loro qualità generiche, anzichè per la loro specifica individualità, si conoscono sotto il nome di cose generiche, ossia generi [6].

Cose *infungibili* sono quelle che, fuori della loro individualità, non hanno cosa che le rappresenti esattamente, e da cui possono essere surrogate. Le cose infungibili, anzichè venir con-

---

[1] Il diritto di ciascun socio è mobile anche se nella società esistono degli immobili, ma il diritto della società, in quanto sia sopra immobili, è evidentemente immobiliare.

[2] Sciolta la società, i beni appartengono ai soci.

[3] La rendita è un diritto a prestazioni periodiche in danaro o in derrate.

[4] Cod. civile, art. 418.

[5] GAI., *Inst.*, III, 90; pr. Inst., *quib modis re contr.*, III, 14; GAIUS, fr. 35, § 5, *de contr. empt.*, XVIII, 1; fr. 42, *de iure dotium*, XXIII, 3, e fr. 1, § 2, *de oblig. et act.*, XLIV, 7; PAULUS, fr. 2, § 1, *de reb. cred.*, XII, 1 (vedi nota seg.).

[6] PAULUS, fr. 2, § 1, *de reb. cred.*, XII, 1: *Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie.* Vedi pure il fr. 29, *de sol.*, XLVI, 3.

siderate in commercio secondo i caratteri generici, si considerano nella loro individualità, come per es., il fondo Corneliano, la madonna di Raffaello. La cosa infungibile, insomma, è una cosa individualmente determinata, una cosa considerata come corpo certo, come specie determinata: di qui il nome di *corpus* o di *species* [1].

La fungibilità e infungibilità delle cose non è assoluta, ma relativa. E difatti, se da un canto è vero che certe cose sogliono in commercio considerarsi come fungibili ed altre come infungibili, è vero altresì che i privati, nelle loro contrattazioni, possono considerare come fungibile una cosa infungibile e viceversa. Se p. es., taluno dà a comodato uno scudo con l'obbligo nel commodatario di restituire l'identico scudo, la moneta in questione è considerata nella sua individualità (come *corpus*) e quindi è cosa infungibile, sebbene di regola il danaro si consideri come cosa fungibile (come *quantitas*) [2].

Da non confondersi colle cose fungibili sono le cose consumabili, cioè quelle cose che non presentano utilità diretta se non consumandole [3], come, p. es., il grano, il vino, il denaro; come del pari non si devono confondere le cose infungibili colle in-

[1] Il nome di *species* (individualità, in opposizione a cosa fungibile, oltrechè nel passo riferito nella nota precedente, è usato anche da Giuliano nel fr. 54, pr. e da Paolo nel fr. 83, § 5, *de verb. obl.*, XLV, 1. Il nostro Codice suole usare il vocabolo *specie* per indicare il *genere*, ed anche in diritto romano si trova questa locuzione al fr. 29, *de solut.*, XLVI, 3 (di Ulpiano) e quindi è da preferirsi il vocabolo *corpus*, che è pure adoperato in parecchi testi, per esempio dallo stesso Ulpiano nel fr. 30, pr. e fr. 34, §§ 3-4 e da Papiniano nel fr. 51, *de legatis*, I (XXX).

[2] [Sulla distinzione fra cose fungibili e infungibili confr. ora BENSA, *Sul concetto di cose fungibili nel dir. ital.*, negli *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, II, pag. 351 e seg.].

[3] *Consumare* s'intende anche in senso economico. Il danaro è consumabile perchè non lo possiamo usare che spendendolo (benchè rimanga in natura), ecc. È ancora da osservare che, per decidere della consumabilità o inconsumabilità di una cosa, si tiene conto della sua destinazione normale. Non sono da confondere con le cose consumabili le deteriorabili, che un uso più o meno lungo rende non adatte all'uso; come, per esempio, i vestiti, che tuttavia il diritto giustinianeo tende a classificare fra le cose consumabili.

consumabili, ossia con quelle cose che presentano utilità diretta senza bisogno che vengano consumate di volta in volta col loro uso ordinario, come, p. es., un cavallo, una casa, una vettura.

§ 17.

Delle cose divisibili ed indivisibili.

Cose divisibili sono quelle che possono essere smembrate in più parti senza pregiudizio notevole della loro essenza e del loro valore economico; le altre sono indivisibili.

Il cavallo, p. es., è giuridicamente indivisibile, perchè le singole parti, in cui per avventura venisse smembrato, non sono più cavalli. Così pure è indivisibile la gemma, perchè le singole frazioni, in cui può venire scomposta, non hanno più il valore della gemma, nè un valore proporzionato alla frazione che costituiscono [1].

La divisione fa talvolta cessare la coesione fisica della cosa che si divide (separazione), ma questa coesione può essere anche conservata, come avviene nella divisione dei fondi (delimitazione).

Oltre alla divisione materiale di cui abbiamo parlato, si conosce anche la divisione in parti ideali, la quale si verifica quando, invece di dividere il corpo, si divide il valore, ossia l'utile economico, della cosa. Se, p. es., quattro fratelli sono comproprietari di un fondo, ciascuno per una quarta parte, il fondo non è diviso fra questi quattro fratelli, e quindi nessuno di essi ha un diritto esclusivo sopra una parte determinata del fondo, ma ciascuno ha diritto su tutto il fondo per la sua quota parte, cioè per un quarto.

Come si vede, in questo caso non esiste vera ed effettiva divisione del fondo, che spetta in comune ai quattro fratelli, e quindi si dice che essi sono comproprietari di una cosa indivisa (*communio pro indiviso*). Se invece quei quattro fratelli avessero

---

[1] POMPONIUS, fr. 26. § 2, *de legatis*, I: *In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt: sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est.*

a dividere il fondo in quattro parti, assegnando a ciascuno la sua parte determinata, non vi sarebbe più una vera comproprietà o comunione, ma esisterebbero quattro fondi separati e distinti, ciascuno dei quali spetterebbe esclusivamente a quello dei fratelli a cui è stato assegnato. Siccome però il fondo, benchè diviso in quattro parti reali e distinte, conserva la sua coesione fisica, così avviene che, non ostante l'effettuata divisione, si continua a parlare di parti di un tutto [1].

§ 18.

Delle cose semplici e composte e delle università di cose.

Le cose semplici sono quelle che formano già per natura un tutto unito, cioè un tutto organico, come, p. es., un cavallo, una pianta, una pietra; le cose composte sono quelle che formano un tutto meccanico, come, p. es., una nave una casa, un orologio; le università di cose poi sono quelle che, senza essere connesse materialmente, formano un tutto ideale, come, p. es., un gregge, una mandria o altro complesso di enti animati [2].

Anche il complesso di diritti patrimoniali può essere considerato come un sol tutto, cioè come una università di diritti *(universitas iuris)*. Tali università di diritto sono l'eredità, la dote, il peculio. Però, secondo i più recenti studi, tali concetti non hanno pratica applicazione.

[1] È appunto in questo senso che ULPIANO adopera l'espressione *communio* PRO DIVISO nel fr. 5. § 16. *de reb. eorum, qui sub tutela*, XXVII, 9: *Communia praedia accipere debemus, si pro indiviso communia sint; ceterum si pro di*viso communis *sint, cessante oratione decreto locus erit.*

[2] POMPONIUS, fr. 30, pr. *de usurpat. et usuc.*, XLI, 3: *Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον [unitum] vocatur, ut homo lignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura* [non] *soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex.* Vedi MILONE, *Le universitates rerum*. Napoli 1891; SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, in *Privatrecht* (Halle 1902), vol. I; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I; SCIALOJA, *La proprietà nel diritto romano* (Roma, *Athenaeum*, 1914).

§ 19.

Cose principali ed accessorie [1].

Ordinariamente, quando due cose sono in unione fisica o giuridica, una di esse assorbe l'altra ed è la dominante. La cosa dominante chiamasi principale, la cosa subordinata chiamasi accessoria.

La cosa accessoria può essere subordinata alla cosa principale in due modi, cioè: o in forza di un rapporto naturale, che faccia comparire la cosa accessoria come parte integrante della cosa principale; o per causa di un rapporto giuridico in virtù del quale la cosa accessoria senza formare una parte integrante della cosa principale, è destinata al servizio di quest' ultima ed a questa appartiene.

Formano parte integrante della cosa principale l'erba, gli alberi, i frutti e tutte le cose utili che la terra produce, gli edifici e le altre costruzioni fatte sul suolo, e tutto ciò che è connesso naturalmente o artificialmente col suolo e con gli edifizi in guisa da non poterne essere staccato senze distruggerlo o cambiare il suo modo di essere e che perciò è divenuto parte integrante della cosa principale a cui si trova congiunto, come le tegole, i mattoni, le travi conficcate e murate nelle case, le porte, le finestre, ecc.

Le altre cose accessorie, mobili o immobili, che non formano parte integrante della cosa principale, a cui appartengono, chiamansi pertinenze. Le pertinenze sono quelle cose, che, pure conservando il loro individuale carattere e la loro esistenzâ separata, stanno nondimeno in tale relazione colla cosa principale, da essere riguardate come appartenenti alla medesima. Esse vengono aggiunte a cose già complete per conservarle, difenderle, abbellirle, renderne l'uso maggiormente proficuo.

Fra le une e le altre esistono molte differenze.

[1] Sulle cose principali ed accessorie, e sulle differenze fra parti integranti e pertinenze vedi UNGER, *System des österr. Privatrechts*, I, §§ 53-55; WAECHTER, *Pandekten*, II, § 65; e pel Codice civile italiano GIANTURCO, *Sistema di dir. civ. it.*, vol. I, § 38.

Parti integranti o costitutive (accessiones). — Per le parti integranti valgono in generale i medesimi principii, che valgono per la cosa principale (*accessio cedit principali*), d'onde derivano i seguenti corollari: 1° se la cosa principale è immobile, si considerano come immobili anche le parti integranti [1]; 2° il possessore della cosa principale possiede anche le parti integranti; 3° il proprietario della cosa principale può rivendicare il tutto dal terzo possessore; 4° la vendita e l'ipoteca della cosa principale si estendono anche alle cose integranti, perfino nel caso che queste non fossero state tali al momento del contratto, ma vi sieno state aggiunte di poi [2].

Delle pertinenze. – Mentre le parti integranti seguono sempre la sorte della cosa principale, per le pertinenze possono valere principii del tutto diversi. Così: 1° se la pertinenza è cosa mobile, rimane tale anche se sia destinata al servizio di una cosa immobile [3]; 2° chi possiede la cosa principale non possiede necessariamente anche le pertinenze [4]; 3° se una cosa diventa pertinenza di un'altra, questo solo fatto non basta per rendere il proprietario della cosa principale anche proprietario della pertinenza; questa continua ad appartenere al proprietario di prima, il quale conserva il diritto di rivendicarla; 4° le disposizioni giuridiche sulla cosa principale (vendita, ipoteca, legato) com-

[1] Gli alberi congiunti col terreno sono immobili.

[2] Fr. 44, § 1, *de obl. et act.*, XLIV, 7 (PAULUS, libro LXXIV *Ad Edictum praetoris*): *...sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaereat.* Fr. 26. *de usurp. et usuc.*, XLI. 3. (ULPIANUS, libro XXIX. *Ad Sabinum*): *Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest.* Fr. 21. *de pignerat. act.*, XIII. 7 (PAULUS, libro sexto brevium): *Domo pignori data et area eius tenebitur: est enim pars eius. Et contra ius soli sequetur aedificium.* Fr. 16. pr. *de pignor.*, XX. 1 (MARCIANUS, libro sing., *Ad formul. hypoth.*): *Si fundus hypotheca datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur.* Vedi inoltre PAOLO e LABEONE, nel fr. 29. § 2 e fr. 35 del medesimo titolo e fr. 18. § 1. *de pign. act.*, XIII. 7. Cfr. Cod. civ. ital., art. 847 capoverso, art. 1471 e 1966.

[3] Vedi sopra § 15.

[4] Così può talvolta possedere la casa come propria e detenere qualche pertinenza di essa in nome di un altro, come può avere un possesso separato dalla pertinenza (JULIANUS, fr. 7, § 1, *pro emptore*, XLI, 4).

prendono soltanto quelle pertinenze che erano tali al momento dell'atto [1]; 5° il possessore condannato alla restituzione di una cosa altrui deve bensì restituire insieme alla cosa principale anche le parti integranti, ma le cose sue proprie, che avesse unite come pertinenze alla cosa altrui, non è obbligato di restituirle.

Per decidere, se una cosa sia pertinenza, bisogna anzitutto avere riguardo all'intenzione delle parti ed alle circostanze speciali di ogni singolo caso, poichè la medesima cosa ora può essere pertinenza ora no.

In generale perchè ad una cosa si possa attribuire la qualità di pertinenza, si richiedono le seguenti tre condizioni. In primo luogo, essa deve servire all'interesse della cosa principale [2]; in secondo luogo, deve essere destinata al servizio duraturo della cosa principale [3]; in terzo luogo, deve già trovarsi in quella tal relazione colla cosa principale da servirsi all'interesse duraturo di essa [4].

Alle cose accessorie appartengono anche le spese ed i frutti, di cui passiamo a parlare.

§ 20.

Spese e frutti [5].

SPESE. — Per spese s'intende tutto ciò che fu sborsato o impiegato intorno o per una data cosa. Esse si dividono in

---

[1] ULPIANUS, fr. 13, § 13, *de act. empti vend.*, XIX, 1: Cod. civ. ital., art. 847, prima parte.

[2] ULPIANUS, fr. 13, § 31 e fr. 17, § 2, *de act., empti vend.*, XIX. 1; PAPINIANUS, fr. 91, §§ 3, 5 e 6, *de legatis*, III 32.

[3] Fr. 17, § 7 *de act. e. v.*, XIX, 1 (ULPIANUS, libro trigesimo secundo *Ad Edictum*): *Labeo generaliter scribit ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii, ut puta fistulae temporis quidam causa positae non sunt aedium, verum tamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.* Cfr. JAVOLENUS, fr. 26 § 1 *de instructo vel instrumento legato*, XXXIII, 7.

[4] Se però fosse stata tolta provvisoriamente non perderebbe il suo carattere di pertinenza. Fr. 17 § 10 *de act. empti vend.* (ULPIANUS *L.* XXXIII *Ad Edictum*): *Ea, quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt, at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii.* § 11: *Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt.*

[5] RICCOBONO *Distinzione delle impensae e la regola fructus intelliguntur deductis impensis*, nell'*Archivio giuridico*, LVIII 60-92.

necessarie, utili e voluttuarie. Necessarie sono quelle indispensabili per la conservazione della cosa; utili sono quelle che, senz'essere di stretta necessità, aumentano il reddito della cosa, come le spese di coltivazione, diboscamento, irrigazione; voluttuarie sono quelle che non aumentano il reddito della cosa, ma soltanto il piacere o il diletto, come gli abbellimenti, le indorature e così via dicendo [1].

FRUTTI. — Per frutti nel senso proprio della parola s'intendono i prodotti di una cosa che ne rappresentano il reddito normale, come sarebbero le erbe, il grano, gli alberi, i parti degli animali, il latte, la lana, la torba, i minerali delle miniere ed altri simili [2].

I frutti si dividono in pendenti, separati, percetti, percipiendi esistenti e consumati. Diconsi pendenti quelli che sono ancora aderenti alla cosa che li ha prodotti [3]; diconsi separati quelli

[1] ULPIAN., *Reg.*, VI, 14: *Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utiles aut voluptuosae.* 15: *Necessarias sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura est velut si quis ruinosas aedes refecerit.* 16: *Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et olivcta fecerit.* 17: *Voluptuosae sunt quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est; quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus.* Vedi fr. 1-16, *de impensis in res dot.*, XXV, 1.

[2] È però da avvertire che, rigorosamente parlando, non si considerano come frutti che quelle parti che si staccano dalla cosa secondo la sua destinazione e senza che venga intaccata la cosa stessa. Per conseguenza non si considerano come frutti i parti della schiava, non costituendo essi il reddito normale di questa (ULPIANUS, fr. 27, pr. *de her pet.*, V, 3), e gli alberi che secondo le regole dell'economia rurale non erano destinati ad essere tagliati (ULPIANUS, fr. 7, § 12, *sol. matr.*, XXVI, 3). Per converso altri prodotti sebbene non organici si considerano come frutti quando ne costituiscono il reddito normale: per es. la cacciagione (JULIANUS, fr. 26, *de usur.*, XXII, 1: « *Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet* »). Sono frutti anche le pietre, la calce, la creta (PAULUS, fr. 77, *de verb. sign.*, L, 16). Non son frutti le carni e le pelli degli animali perchè, anzichè essere una produzione della cosa, ne sono un avanzo (GAIUS, fr. 30, *quib. mod. ususfr. am.*, VII, 4: *Caro et corium mortui pecoris in fructu non est.* Cod. civ., art. 513.

[3] I frutti, finchè sono pendenti, si considerano come parte integrante della cosa che li ha prodotti ed appartengono al proprietario della medesima (GAIUS, fr. 44, *de rei vind.*, VI, 1).

staccati dalla cosa che li ha prodotti, qualunque sia la causa del distacco, o la maturità, o il vento, o il fatto dell'uomo [1]; diconsi percetti quelli, dopo il distacco, presi con la intenzione d'averli proprii diconsi percipiendi quelli che il possessore della cosa fruttifera doveva, da buon padre di famiglia, percepire, ma non ha percepiti; diconsi esistenti *(extantes)* quelli che si trovano ancora in natura presso il possessore della cosa fruttifera; diconsi consumati quelli che non si trovano più tali e quali presso il possessore della cosa fruttifera, sia che li abbia effettivamente goduti, sia che li abbia alienati, sia che li abbia specificati, cioè convertiti in un'altra merce.

In senso lato si usa il vocabolo frutto anche per indicare il reddito che si ottiene da una cosa in forza di un negozio giuridico conchiuso con altri rispetto alla cosa stessa, per esempio gli interessi del denaro (più propriamente *usurae*), le pigioni delle case, il nolo dei cavalli e delle vetture [2]. I frutti in questo senso chiamansi civili per distinguerli dai frutti in senso proprio ossia naturali.

§ 21.

Res mancipi e res nec mancipi [3].

I giureconsulti romani annoverano fra le *res mancipi*: 1° i fondi italici; 2° le servitù rustiche; 3° gli schiavi 4° i quadrupedi da tiro e da soma, purchè indigeni e domestici, come, per esempio, i muli, gli asini, i bovi e i cavalli; tutte le altre cose sono *nec mancipi* [4].

[1] Colla separazione dei frutti nasce una nuova cosa e con essa una nuova proprietà (vedi § 72).

[2] Ulpianus, fr. 31 e 56, *de usuris*, XXII, 1; Javolenus, fr. 49, *eodem*; Papinianus, fr. 62, pr. *de rei vindicatione*, VI, 1.

[3] Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi* Roma, 1888. — *Studi per Schuppio*, p. 4 e segg.; Longo, nell'*Archivio giuridico*, XXXVI, 307-322; Montanari, nell'*Archivio giuridico*, X, 351-378.

[4] Ulpian., *Reg.*, XIX, 1: *Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus quam urbana, qualis domus: item inra praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves.*

Non è facile conoscere con precisione il criterio che separava le *res mancipi* dalle *res nec mancipi*. La spiegazione più probabile sembra la seguente. Se cose mancipabili erano quelle che dovevano essere dichiarate nel censo, introdotto da Servio Tullio, per calcolare la ricchezza dei cittadini ed assegnare ai medesimi la classe rispettiva in cui dovevano votare nei comizi. La ragione per cui nel censo non venivano registrate che le cose surriferite è che la ricchezza del popolo romano consisteva specialmente nell'agricoltura. I fondi situati in Italia erano adunque la ricchezza principale della nazione: ma i fondi soli non bastavano, e perciò si valutavano anche le cose ad essi inerenti e le pertinenze dei medesimi, e quindi anche le servitù rustiche ed i quadrupedi atti all'economia rurale. Ora siccome le *res mancipi* erano registrate nelle liste censuarie, proprietario delle medesime era colui che tale appariva sulle liste, e quindi richiedevasi la trascrizione nel censo ogni qualvolta trattavasi di trasferire ad altri la proprietà delle medesime. Ma cotesta trascrizione censuaria non acquistava la vera efficacia se non colla lustrazione, la quale aveva luogo di cinque in cinque anni. Una cosa alienata in questo frattempo non diveniva proprietà effettiva dell'acquirente se non dopo seguita la lustrazione. Per ovviare a questo inconveniente si introdusse, come surrogato dell'alienazione per censo, la mancipazione, la quale era una vendita simbolica fatta con la testimonianza del popolo romano rappresentato da non meno di cinque cittadini maschi e puberi.

CAPO IV.

Acquisto e perdita di diritti.

§ 22.

Acquisto dei diritti in generale.

Per l'acquisto di un diritto si richiede il concorso di quattro condizioni, cioè: un subbietto che fa l'acquisto, un obbietto di

muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsoque domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. Cfr. GAI., *Inst.*, II, 15,22.

acquisto, un avvenimento che crea il rapporto giuridico, e finalmente la norma giuridica che con quell'avvenimento congiunge l'effetto dell'acquisto.

Questi avvenimenti, in virtù dei quali nascono i rapporti di diritto, chiamansi fatti giuridici. I fatti giuridici poi possono essere di tre specie. In primo luogo essi possono consistere in un atto volontario dell'acquirente, come sarebbe l'occupazione di una *res nullius*; in secondo luogo essi possono consistere in una circostanza del tutto indipendente dalla volontà di chi acquista, e questa circostanza può essere, a sua volta, o un avvenimento naturale [1], o l'atto volontario di una terza persona [2]; in terzo luogo essi possono consistere simultaneamente in un atto volontario dell'acquirente ed in un avvenimento casuale, o in atto volontario tanto dell'acquirente quanto di una terza persona [3].

Quando un diritto nasce in forza di un avvenimento del tutto casuale, il diritto si acquista immediatamente col verificarsi dell'avvenimento stesso senza bisogno che l'acquirente imprenda alcun atto e perfino senza ch'egli abbia cognizione dell'avvenimento. In tali casi si parla di acquisto immediato (*ipso iure*) di un diritto.

L'acquisto dei diritti si distingue in originario e derivativo secondo che i diritti si acquistano indipendentemente dal diritto di un altro, o si trasferiscono da una persona ad un'altra, in modo che questa li derivi da quella, sia che l'autore trasferisca tutto il suo diritto. Un acquisto originario sarebbe, per esempio, l'acquisto della proprietà di un oggetto per occupazione, così pure l'acquisto per usucapione. Un acquisto derivativo sarebbe

---

[1] Esempi d'acquisto di diritti in causa di un avvenimento naturale sono l'acquisto del diritto di cittadinanza per nascita, l'acquisto di un legato per morte del testatore.

[2] Si acquista, per esempio, un diritto per fatto di un terzo, quando questi fabbrica un edificio sul nostro terreno.

[3] Tali sarebbero, per esempio, l'acquisto di un'eredità mediante adizione, l'acquisto di proprietà mediante *traditio*, l'acquisto di credito mediante contratto.

l'acquisto della proprietà per consegna fattane dal precedente proprietario, come pure la costituzione di un usufrutto per parte del proprietario.

L'acquisto dei diritti si distingue inoltre in oneroso e gratuito, secondochè si fa con o senza correspettivo. È oneroso, per esempio, l'acquisto che si fa mediante compera o permuta; è gratuito invece l'acquisto di un diritto per eredità o per donazione; tanto gratuito che oneroso può essere l'acquisto per usucapione [1].

§ 23.

Successione nei diritti di un altro.

Il trapasso dei diritti da una persona ad un'altra chiamasi successione [2].

Ogni successione giuridica richiede le seguenti tre condizioni. In primo luogo deve esistere un rapporto giuridico nel quale si possa succedere; in secondo luogo questo rapporto giuridico deve rimanere il medesimo, e soltanto il subbietto deve cambiare [3]; da ultimo l'acquirente deve subentrare nel luogo del precedente titolare del diritto in forza di uno speciale rapporto giuridico esistente tra loro, cioè tra l'autore e il successore. La successione implica tra i due rapporti di diritto un legame così intimo da potersi essi considerare come un solo ed identico rapporto giuridico trasmesso da una persona in un'altra. Onde esista un legame siffatto è necessario che il diritto posteriore si colleghi immediatamente col primo [4].

---

[1] Ciò importa notare, specialmente in riguardo alla teoria del concorso delle cause lucrative. Vedi il § 127.

[2] C. Longo, *Origine della Successione particolare* (Bull. dell'Ist. di D. R. 1902 e 1903) e *« Sull' hereditas concepita come universitas* (Studi per Fadda 1906).

[3] Il solo fatto che due persone hanno avuto in momenti diversi la proprietà della medesima cosa non basta da sè a stabilire una successione giuridica fra quelle due persone, come meglio risulterà dalla nota seguente.

[4] Se, per esempio, una cosa abbandonata dal suo padrone viene occupata da un altro, non vi ha successione. Lo stesso dicasi di chi acquista la proprietà per usucapione. Perchè esista successione richiedesi assolutamente che il rapporto giuridico posteriore si fondi sul rapporto anteriore e discenda da questo come una conseguenza. Un esempio ce l'offre l'acquisto

La successione giuridica non può aver luogo nelle relazioni di famiglia, ma soltanto nei rapporti di diritto patrimoniale.

La successione si distingue in singolare e universale. La successione singolare, ossia a titolo singolare, è quella che ha per oggetto uno o più diritti patrimoniali, ciascuno preso isolatamente. La successione universale, ossia a titolo universale, ha per oggetto i beni considerati come un tutto ideale, fatta astrazione dal loro contenuto speciale, sì per la quantità che per la qualità. È bensì vero che la successione a titolo universale abbraccia implicitamente i diritti particolari contenuti nell'insieme del patrimonio, ma ciò non avviene che indirettamente, inquantochè quei diritti particolari formano parte integrante del complesso che costituisce l'oggetto proprio della successione universale. La nota caratteristica della successione a titolo universale è la trasmissione immediata dei debiti e crediti componenti l'insieme, mentre al successore singolare i diritti non si trasmettono che mediatamente. Qui appunto si manifesta la grande differenza che passa fra l'eredità, che è una successione a titolo universale, e il legato, che è una successione a titolo singolare. L'erede, tostochè ha adito l'eredità, diventa proprietario di tutto il patrimonio del defunto, e succede direttamente nei suoi debiti e crediti, senza bisogno che gli vengano consegnati gli oggetti ereditari e cedute le azioni ereditarie del defunto [1]; il legatario, invece, non solo non subentra nelle obbligazioni del defunto, ma non acquista nemmeno i crediti lasciatigli se non per mezzo della relativa cessione [2].

Nel diritto moderno l'unico caso di successione universale è l'eredità; nel diritto antico esistevano inoltre i casi dell'*adro-*

---

del diritto di proprietà per tradizione. Il consegnatario acquista il suo diritto dal tradente, e non acquista nè più nè meno di quello che aveva il tradente ossia l'autore.

[1] Vedi i §§ 120, 179 e 200.

[2] Il legatario d'un credito non ha azione diretta verso il debitore per chiedere il pagamento del credito lasciatogli, ma può agire soltanto *ex testamento* contro l'erede per costringerlo alla cessione dell'azione verso il debitore (vedi § 216); contro quest'ultimo non può agire che come cessionario o con un'*actio utilis tamquam cessa* (vedi § 121).

gatio, della *conventio in manum* ed altri di cui parleremo in luogo più opportuno.

§ 24.

Dei fatti giuridici come cause efficienti di diritti.

I fatti giuridici sono quei fatti o quegli avvenimenti, positivi o negativi, che producono l'acquisto, la perdita o la modificazione di un diritto. Essi sono svariatissimi, e non si possono determinare con precisione se non con speciale riguardo ai singoli rapporti di diritto. Particolare menzione meritano i fatti umani, ossia le manifestazioni esterne della volontà. I fatti umani, sieno essi positivi o negativi, leciti o illeciti, possono produrre conseguenze giuridiche, e sotto questo rapporto si possono chiamare atti giuridici, in lato senso della parola. Fra gli atti giuridici in senso stretto, colla quale denominazione noi intendiamo designare tutte le dichiarazioni di volontà giuridicamente importanti di un privato, le conseguenze giuridiche delle quali sieno destinate ad attuare la intenzione dichiarata [1].

Ogni atto giuridico in questo senso richiede necessariamente che l'agente sia capace di volere e che manifesti questa sua volontà. Questa capacità di volere manca affatto alle persone giuridiche, agli infanti ed a coloro che sono totalmente privi dell'uso della ragione, come i furiosi, i dementi ed i mentecatti. Queste persone non possono intraprendere gli atti giuridici se non col mezzo dei loro rappresentanti, cioè dei loro amministratori, tutori o curatori.

Per compiere un atto giuridico nel senso indicato si richiede inoltre che la persona capace di volere abbia manifestata la sua volontà, e che questa manifestazione o dichiarazione esterna della volontà corrisponda effettivamente alla volontà stessa.

---

[1] Vedi LENEL, nei *Ihering's Jahrbücher*, XIX, 154 e seg. Diciamo dichiarazione di un *privato* per escludere le sentenze dei magistrati, i decreti, regolamenti, ecc. Non diciamo che la dichiarazione sia senz'altro diretta a un effetto giuridico perchè non è necessario che le parti si propongano un simile effetto, anzi neppure che ne abbiano coscienza.

dappoichè se ciò che è stato dichiarato non è effettivamente voluto, non esiste che l'apparenza di una dichiarazione di volontà [1]. Chi sostiene che la volontà, quale è stata manifestata, non corrisponde a quanto l'agente ha effettivamente voluto, deve darne la prova; ma, provato che sia, è naturale che quella dichiarazione di volontà non abbia efficacia giuridica. Questa contraddizione tra la volontà dell'agente e la dichiarazione esterna della volontà può benissimo dipendere anche da errore, ma andrebbe molto lontano dal vero chi credesse che l'errore abbia sempre l'effetto di escludere la volontà e di render quindi giuridicamente inefficace la dichiarazione della medesima. Lo stesso dicasi della violenza e del dolo, che possono bensì viziare la determinazione della volontà, ma di regola non la escludono. Ciò mi conduce a trattare della influenza che sulla determinazione della volontà possono avere la violenza, l'errore e il dolo.

Della violenza. — La violenza può essere fisica (*vis absoluta*) o morale (*vis compulsiva*). La violenza fisica consiste in un costringimento corporale che riduce la vittima della violenza ad uno stato puramente passivo. Una tale violenza fisica non entra nel nostro argomento, perchè essa esclude qualsiasi volontà, e senza questa non può sussistere alcun atto giuridico. E per vero se io prendo con la forza la mano di Tizio e colla medesima traccio una scrittura, non si può dire che Tizio abbia agito, e molto meno che abbia voluto. Non è così della violenza morale che consiste nella minaccia che si fa ad alcuno per in-

---

[1] Talvolta è l'agente stesso che ha prodotto quell'apparenza, sapendo di produrla, o l'ha voluta a bella posta (simulazione). Sui contratti simulati, vedi il vol. II, § 103. Nel caso di simulazione bisogna distinguere le ipotesi seguenti: O le parti non intesero di fare alcun atto giuridico (simulazione assoluta), e allora la dichiarazione di volontà non ha alcuna efficacia. O vollero fare un atto diverso da quello espresso, o a favore di persone diverse da quelle nominate (simulazione relativa), e allora si applica il principio generale, vale a dire, si deve seguire la volontà vera delle parti, senza soffermarsi alla loro dichiarazione simulata, semprechè la legge non abbia proibito ciò che hanno voluto, dappoichè in quest'ultima ipotesi ciò che hanno dichiarato di volere rimane senza effetto perchè in realtà non l'hanno voluto e ciò che hanno voluto è egualmente inefficace perchè illecito. Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, I, pag. 187, § 60, nota 5.

durlo ad una qualche risoluzione. Questa violenza morale non esclude totalmente la volontà del minacciato, imperocchè colui che per paura si lascia indurre ad un qualche atto prende egli medesimo una risoluzione e per una risoluzione qualsiasi richiedesi la determinazione della volontà, o, come dice il giureconsulto Paolo [1], « *quamvis, si liberum essem, noluissem, tamen coactus volui* ». Infatti se Tizio minaccia d'incendiarmi la casa qualora io non intraprenda un atto che egli mi vuole imporre, io non sono necessariamente costretto di fare la volontà di Tizio, poichè sta in me o di cedere alle sue minaccie, o di sopportare il male minacciatomi [2].

Appunto da questi principî dipende che gli atti giuridici, intrapresi sotto l'influenza delle minaccie altrui, non sono dichiarati nulli [3]. Ma se gli atti giuridici conchiusi per violenza non sono radicalmente nulli, è però in facoltà della persona minacciata di ottenerne la rescissione. Richiede infatti l'equità che venga repressa la immoralità che accompagna la violenza, e che nessuno abbia a ritrarre vantaggi da un fatto illecito. In considerazione appunto di questa immoralità della violenza, il pretore romano dette al minacciato diversi rimedi legali per sottrarsi alle conseguenze dannose causategli dall'altrui violenza; e questi rimedi di legge possono essere, secondo i casi, l'azione derivante dal contratto stesso, colla quale il violentato chiede la rescissione del contratto e il rifacimento di tutti i danni; l'*actio quod metus causa* [4], l'*exceptio metus* e la restituzione in intero *propter metum*.

---

[1] PAULUS, fr. 21, § 5, *quod metus causa*, IV, 2.

[2] In una parola, perchè abbia vita il negozio non si esige una volontà *libera*, ma soltanto una *volontà*. Tuttavia può avvenire che la violenza morale tolga intieramente la volontà. Un caso pratico di questo genere è riferito da ULPIANO, nel fr. 6. § 7, *de acq. hered.*, XXIX, 2, che ha dato luogo alle più svariate interpretazioni (vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I. § 61, nota 2).

[3] Contro questa teoria si è pronunciato SCHLIEMANN, *Die Lehre vom Zwang*, Rostock 1861, ma contro di lui vedi SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange*, Leipzig 1874.

[4] L'*actio quod metus causa* può essere esercitata non solo contro l'autore della violenza, ma contro chiunque ne abbia risentito vantaggio (vedi il § 37). Anche l'*exceptio metus* ha lo stesso carattere.

Anche pel Codice civile patrio (art. 1300), non esiste già nullità radicale degli atti giuridici conchiusi per violenza, ma la vittima può ottenere l'annullamento dell'atto, purchè promuova la relativa azione nel termine di cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza.

È però da avvertire che non basta una violenza o minaccia qualsiasi per produrre gli effetti legali suesposti, ma è necessario che essa abbia i seguenti quattro requisiti. In primo luogo è mestieri che la violenza sia ingiusta, cioè che l'autore della medesima non abbia diritto di agire nel senso della minaccia [1]; in secondo luogo che il male minacciato sia grave cioè che sia in pericolo la vita, o la salute, o una parte considerevole delle sostanze [2]; in terzo luogo che il timore incusso colla violenza sia *fondato*, cioè che il male minacciato sia verosimile. Le minacce adunque devono essere fatte in tali circostanze da potersi mettere in esecuzione. Tocca poi al prudente arbitrio del giudice di decidere se il timore ispirato sia o non sia fondato [3]. Da ultimo il timore deve essere stato incusso a bella posta, cioè appositamente per determinare il minacciato ad eseguire l'atto in questione [4].

DELL'ERRORE. — L'errore è il falso concetto della realtà. La nessuna conoscenza di una cosa, ossia l'ignoranza, è in diritto equiparata all'errore. Due specie di errori si distinguono, cioè l'errore di diritto e l'errore di fatto. Il primo consiste nel non conoscere una norma giuridica, il secondo nel non conoscere una qualche circostanza di fatto [5]. Questa distinzione acquista im-

[1] ULPIANUS, fr. 3, § 1, *quod metus causa*, IV, 2.

[2] PAULUS, fr. 4, fr. 8 e fr. 22, *quod metus causa*, IV, 2; ULPIANUS, fr. 5, fr. 7, § 1, e fr. 23, §§ 1 e 2 *eodem*; fr. 3, *ex quib. caus. maior.*, IV, 6.

[3] GAIUS, fr. 6, *quod met. causa*, IV, 2; ULPIANUS, fr. 7 pr. e fr. 9 *h. t.*, fr. 3, *ex quib. caus. maiores*, IV, 6.

[4] ULPIANUS, fr. 9, § 1 e fr. 14, § 3; PAULUS, fr. 21, pr. *quod metus causa*, IV, 2. Alcuni, fondandosi sul pr. del cit. fr. 9 richiedono inoltre che il male sia presente; ma quel passo dice semplicemente che il *timore* deve esistere al momento del contratto; e ciò è giusto.

[5] L'ignoranza delle leggi straniere si considera come ignoranza di fatto, poichè nessuno è obbligato a conoscere le leggi degli altri stati. Cfr. sull'errore: C. F. GABBA. *Nuove questioni di diritto civile*, vol. I. Torino 1912.

portanza allorquando si tratta di acquistare diritti o di allontanare conseguenze giuridiche dannose. È difatti l'errore, perchè serve a procurare un vantaggio o ad evitare una perdita, deve essere scusabile. Ora di regola il solo errore di fatto è scusabile, semprechè non dipenda da supina ignoranza, mentre l'errore di diritto non merita scusa, perchè niuno, che sia dotato di capacità ordinaria, deve ignorare la legge. Tuttavia se, per circostanze speciali, la persona che fu vittima dell'errore non avesse avuto i mezzi per istruirsi su quel punto di diritto intorno al quale errò, si scusa anche l'errore di diritto. Del resto i minori, le donne, i soldati, le persone rustiche, siccome hanno minore opportunità di conoscere la legge, e minore attitudine ad intenderla, sono trattate con più indulgenza delle altre, quanto all'errore di diritto [1]. Riservandoci di esaminare nella parte speciale, in ogni singolo caso, l'influenza che può esercitar l'errore sia per l'acquisto di vantaggi, sia per evitare conseguenze giuridiche dannose, qui dobbiamo limitarci a trattare dell'influenza che l'errore può avere sulla dichiarazione della volontà negli atti giuridici.

I motivi per cui una persona s'induce ad un atto giuridico, le presupposizioni da cui essa partì, e le speranze che concepì, sono fatti psichici estranei all'atto giuridico, il quale è costituito dalla volontà e non dai motivi da cui questa fu determinata. Quindi l'errore intorno ai motivi non impedisce la volontà, e però l'atto giuridico conchiuso sotto l'influenza di un tale errore non è mai nullo [2]. Questa regola vale per tutti gli atti giuri-

---

[1] PAULUS, fr. 9, pr. *de iuris et facti ignor.*, XXII, 6: *Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere;.... minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est; quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur.*

[2] Fr. 3, § 7, *de condict. causa data causa non sec.*, XII, 4: (ULPIANUS, lib. XXVI, *Ad Edictum.*): *....quamquam constet, eum, qui dedit eâ spe, quod se ab eo, qui acceperit, remuneraturum existimaret, vel amicitiam sibi esse cum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.* Vedi pure POMPONIO, nel fr. 52 e PAOLO nel fr. 65, § 2, *de cond. ind.*, XII, 6. L'errore sui motivi o sulla causa impulsiva non va confuso con l'errore sulla causa efficiente. PAULUS, fr. 5, § 1, *de act. empti vend.*, XIX, 1.

dici, cioè tanto per quelli fra vivi quanto per le dichiarazioni d'ultima volontà. Queste ultime però possono essere impugnate come inefficaci ogni qualvolta si provi che il testatore o non avrebbe disposto, o non avrebbe disposto in quel modo, se al momento della disposizione avesse conosciuto il vero stato delle cose.

Quanto alle altre specie di errore bisogna vedere se ad onta dell'errore, esista volontà da parte dell'agente, o se, per causa dell'errore, essa venga a mancare. Se l'errore è tale che per esso manchi la volontà, l'atto giuridico è nullo: se invece esiste volontà nonostante l'errore, l'atto giuridico è valido [1]. Nel primo caso l'atto giuridico è nullo, non già perchè l'agente si è trovato in errore, ma perchè a quanto fu dichiarato non corrisponde alcuna vera ed effettiva volontà. In altri termini, l'errore non è la causa della nullità della dichiarazione, ma esso è la causa per la quale non esiste volontà. Di qui avviene che in tali casi non si può fare alcuna distinzione tra errore scusabile e non scusabile, fra errore di diritto ed errore di fatto. E per vero ogni qualvolta è provato che manca la volontà ossia il consenso, siccome requisito essenziale di ogni negozio giuridico, e la dichiarazione della volontà di chi agisce, è evidente che non si può parlare di esistenza di un negozio giuridico, e nulla può influire la circostanza che la causa, ch'ebbe ad escludere quella volontà o quel consenso, sia un errore di diritto, piuttosto che un errore di fatto.

Tutta la questione si riduce adunque a stabilire i casi nei quali l'errore esclude la volontà. A tale riguardo noi possiamo dire, in tesi generale, che l'errore esclude la volontà ogni qualvolta ciò che l'agente ha dichiarato di volere non è da lui voluto o in tutta la sua estensione o in qualche elemento essenziale. La quale regola è dagli interpreti espressa nei seguenti termini: soltanto l'errore essenziale è causa di nullità. Bisogna quindi vedere quando esista errore essenziale.

---

[1] Se l'errore fu prodotto dai raggiri dell'altro contraente, può dar luogo all'azione di rescissione del contratto, come è detto in fine di questo paragrafo e nel § 103.

In primo luogo è essenziale l'errore sulla natura del rapporto giuridico che si intendeva di stabilire. Se Tizio, per esempio, intende di dare in affitto il fondo, e Caio crede di comprarlo, avvi errore sulla natura del rapporto giuridico, e l'atto giuridico non è pervenuto alla sua esistenza per mancanza di accordo delle due volontà [1].

In secondo luogo è essenziale l'errore sulla identità della persona: semprechè per errore siasi indicata una persona diversa da quella che effettivamente si voleva [2], e la considerazione della persona fosse la causa principale dell'atto giuridico [3].

In terzo luogo è essenziale l'errore sull'identità dell'oggetto (*error in corpore*) [4]. Se l'oggetto della dichiarazione della volontà è indicato quantitativamente, la dichiarazione è valida sino all'ammontare in cui concorrono dichiarazione e volontà [5].

Da ultimo è essenziale l'errore che cade sulle qualità sostan-

---

[1] Fr. 18, *de reb. cred.*, XII, 1 (ULPIANUS, lib. VII *Disputationum*): *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse.* Vedi anche il fr. 36, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1.

[2] Fr. 9, pr. *de hered. inst.*, XXVIII, 5 ULPIANUS, libro V *Ad Sabinum*); *Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti* « frater meus » « patronus meus », *placet, neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.* Da non confondersi l'errore sull'identità della persona con quello sulle *qualità*. All'errore sulle qualità della persona possono applicarsi per analogia i principii che reggono l'errore sulle qualità dell'oggetto.

[3] Cod. civ., art. 1110.

[4] Fr. 9, § 1, *de cred. inst.*/ XXVIII, 5 (ULPIANUS, lib. V *Ad Sabinum*); § 23 Inst., *de inut. stip.*, III, 19: *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum vocari crediderit.*

[5] Fr. 9, § 3, *de hered. inst.*, 28, 5 (ULPIANUS, libro V *Ad Sabinum*); *Sed si maiorem adscripserit testamentarius vel (quod difficilius est probatione) ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat, ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat.* Fr. 52, *locati*, XIX, 2 POMPONIUS, lib. XXXI *Ad Quintum Mucium*):..... *Si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.* Vedi anche il fr. 1, § 4, *de verb. obl.*, XLV, 1, riportato nel vol. II, § 103.

ziali dell'oggetto. Diconsi sostanziali o essenziali quelle qualità, che, giusta le idee accettate in commercio, fanno passare l'oggetto in questa o in quell'altra specie, secondochè quelle qualità esistono o non esistono. Se invece l'errore cade su qualità accidentali, su quelle cioè che possono aggiungersi in bene o in male all'oggetto, ma che non ne costituiscono l'essenza, l'errore non è essenziale e quindi non esclude la volontà [1], e tutto al più potrà esservi diritto a diminuzione del prezzo o ad altra pretesa consimile, come sarà spiegato nella parte speciale [2].

Esaminati i casi di errore essenziale diremo che sono punti affatto secondari della dichiarazione di volontà le qualità accidentali della persona, il nome della persona, il nome e le qualità accidentali dell'oggetto, le parti accessorie dell'oggetto.

Negli atti giuridici bilaterali, cioè nei contratti, può avvenire che l'errore produca in una delle parti una dichiarazione di volontà che non è in armonia colla dichiarazione dell'altra parte, inquantochè una delle parti crede che l'altra abbia manifestata una volontà diversa da quella che è di fatto, e così creda di aver dato un consenso, che in realtà è un dissenso. In tali casi vi sarà o non vi sarà nullità del contratto, secondochè il dissenso si è manifestato in un punto essenziale o accidentale giusta i principii suesposti; ma anche qui non è, in ogni caso, l'errore la causa della nullità, ma sì veramente la deficienza del consenso fra le parti, come spiegheremo meglio nella teoria dei contratti.

I principii esposti valgono in massima parte anche pel Codice civile, con la differenza che l'errore sulla identità della persona e sulle qualità essenziali della cosa, il quale per diritto romano produce nullità radicale, per Codice civile non rende l'atto radicalmente nullo, ma soltanto annullabile o rescindibile [3].

DEL DOLO. Finora abbiamo trattato dell'errore considerato in sè, fatta astrazione dalle cause che lo produssero. Ora ci resta a trattare dell'errore prodotto dalla volontà maliziosa di un terzo

---

[1] Esempi di errori su qualità essenziali e accidentali si trovano nei fr. 9, § 2; fr. 10, 11, 14, 41, § 1, *de contr. emt.*, XVIII, 1.

[2] Vedi BIANCHI, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XI, pagina 321. Cfr. §§ 103 e 136 della presente opera.

[3] Codice civile italiano, art. 1110 e 1300.

(*dolus*)[1]. Per dolo, in questa speciale applicazione, s'intende l'atto per cui taluno trae ingiustamente un altro in errore o ne approfitta per indurlo ad un atto giuridico[2].

Se l'errore prodotto dai raggiri altrui è essenziale, secondo gli esposti principii l'atto giuridico è di già nullo per mancanza della volontà dell'agente e il dolo non si prende in considerazione se non per l'azione di risarcimento dei danni. Nella esposizione della teoria del dolo si ha di mira soltanto quell'errore che lascia sussistere la volontà[3], e più specialmente l'errore sui motivi.

Allorquando l'errore è prodotto dall'altrui dolo, questo copre ed assorbe quello: e però non si considera propriamente l'errore ma l'ingiusto operato del raggiratore, dal quale l'ingannato vuole esser difeso. Laonde il diritto soccorse la vittima dei raggiri non perchè ha errato, ma perchè è stata ingannata (*ex capite doli*). Ecco il perchè l'errore dei motivi, che per sè non esercita alcuna influenza sulla validità degli atti giuridici, come abbiamo veduto più sopra, viene invece considerato quando esso è prodotto dal dolo altrui.

Per la sussistenza del dolo non è richiesto che l'ingannatore abbia di mira il proprio interesse, e però agisce con dolo anche

[1] Per sinonimo di dolo si adopera spesso la parola frode.

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 2, *de dolo malo*, IV, 3: *Dolum malum Servius quidem ita definit omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.*

[3] Perchè appunto si tratta del dolo quando non pertanto sussiste la volontà, prima che il pretore vi ponesse rimedio non v'era modo nelle leggi di sottrarsi [illegible] Le parti si facevano però, a vicenda, delle promesse di pagare, in caso di dolo, una somma determinata o il danno risentito. Vi erano poi speciali rimedi a favore dei minori in virtù della *lex Plaetoria* PAULUS, fr. 7, § 1, *de exept.*, XLIV, 1) e nel caso di un *falsus tutor*, (ULPIANUS, fr. 7, pr. *quod falso tutore*, XXVII, 6). Soltanto con [illegible] nella repubblica fu concessa all'ingannato l'*actio* e l'*exceptio doli* contro il raggiratore (CORN. CICERO. *De officiis*, III., cap. 14; quest'ultimi non aveva luogo che negli *stricta iudicia*, poichè in quelli di buona fede *ipso iure inest*. Vedi § 88.

chi dà scientemente un consiglio dannoso, come pure chi inganna l'erede sullo stato dell'asse ereditario per indurlo all'adizione dell'eredità, benchè egli non sia fra i creditori della medesima. In quanto poi al dolo consistente nel profittare ingiustamente dell'errore altrui, perchè questo si verifichi, occorre esista tra le parti un rapporto, in forza del quale incomba a ciascuna di esse di illuminare l'altra sull'errore in cui possa versare. Ora un simile rapporto interviene sempre nei contratti poichè in questi ogni contraente ha diritto di pretendere che l'altro agisca verso di lui con lealtà e non approfitti maliziosamente dell'errore in cui per avventura si trovasse.

Il dolo usato dalla parte può essere determinante *(causam dans)* o incidente *(incidens)*. Il dolo è determinante, quando i raggiri usati dalla parte sono tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe conchiuso il negozio; il dolo è incidente quando l'atto giuridico si sarebbe conchiuso anche se non vi fossero stati raggiri. Secondo che il dolo é determinante o incidente e secondo che proviene da una delle parti o da un estraneo, sono diversi gli effetti giuridici del medesimo. Questi si possono riassumere nella seguente proposizione:

Se il dolo adoperato da una delle parti è determinante, la parte ingannata ha diritto di chiedere la rescissione dell'atto giuridico e il risarcimento del danni; se è incidente, l'ingannato ha soltanto diritto a un conveniente indennizzo. Se poi il dolo proviene da un estraneo, l'atto giuridico è pienamente valido, ma l'ingannato ha l'azione di dolo contro l'ingannatore per essere indennizzato [1].

Gli stessi principii valgono pel Codice civile [2]. L'azione di nullità o di rescissione per causa di violenza, errore o dolo dura

---

[1] Vedi il vol. II, § 103, testo e note. È superfluo ripetere quanto si è detto più sopra, cioè che noi abbiamo qui di mira il solo caso in cui il dolo ha provocato un errore che per sè non influisce minimamente sulla validità dell'atto giuridico (come per lo appunto l'errore nei motivi), dappoichè nei casi di errore essenziale manca la volontà, e l'atto giuridico è nullo, senza riguardo se esista o non esista dolo e se questo provenga da una delle parti o da un estraneo.

[2] Codice civile italiano, art. 1115 e 1151.

cinque anni dal giorno in cui la violenza è cessata, l'errore o il dolo furono scoperti [1].

§ 25.

Varie specie di atti giuridici in senso proprio.

Nel paragrafo precedente abbiamo dato la nozione degli atti giuridici in senso proprio, ossia dei negozi giuridici. Essi hanno per effetto di costituire, modificare o estinguere i rapporti di diritto. Nelle fonti gli atti giuridici sono chiamati *negotia*, *negotia iuris*, e talvolta anche *actus legitimi*. Quest'ultima espressione però è riservata, di regola, a quegli atti giuridici che non ammettono clausole accessorie [2].

Gli atti giuridici si dividono in unilaterali e bilaterali, onerosi e gratuiti, in atti fra vivi ed atti per causa di morte.

Gli atti giuridici unilaterali sono quelli a costituire i quali interviene in via principale la volontà di una sola persona; come sarebbero, ad esempio, l'occupazione, la derelizione, la specificazione, il testamento, il codicillo, l'adizione di una eredità, la gestione degli affari altrui senza mandato. Gli atti giuridici bilaterali invece sono quelli per costituire i quali si richiede l'attività di due o più persone; come, per esempio, la tradizione, il matrimonio, l'adozione, e in modo particolare tutti i contratti di qualunque specie [3].

Gli atti giuridici lucrativi sono quelli che implicano una liberalità, come, per esempio, il testamento, la donazione, i contratti di comodato, di deposito e di mandato. Gli atti giuridici onerosi sono quelli mediante i quali ciascuna delle parti mira ad un compenso, come la compravendita, la locazione, la permuta, la transazione ed altri simili.

---

[1] Codice civile italiano, art. 1300.

[2] Vedi PAPINIANUS, fr. 77. *de reg. iur.*, 50, 17.

[3] Anche i contratti unilaterali, come il commodato, il deposito, sono atti giuridici bilaterali (vedi il § 106).

§ 26.

Elementi costitutivi degli atti giuridici.

Gli elementi che costituiscono un atto giuridico sono essenziali, naturali o accidentali (*essentialia*, *naturalia*, *accidentalia negotii*). Gli elementi essenziali sono quelli, senza i quali l'atto giuridico non esisterebbe: essi costituiscono l'essenza dell'atto. Così, per esempio, il prezzo è un elemento essenziale della compravendita, dappoichè senza prezzo non esiste vendita.

Gli elementi naturali sono quelli che non sono necessari per costituire l'atto giuridico, ma che esistono di regola in tutti gli atti giuridici, e s'intendono quindi esistere nell'atto ogni qualvolta le parti contraenti non li abbiano espressamente esclusi. Così, per esempio, l'obbligo del compratore di pagare il prezzo all'atto della consegna della cosa comprata è un elemento naturale della compra-vendita.

Gli elementi accidentali di un atto giuridico sono quelli che non derivano dalla natura stessa dell'atto giuridico, ma devono essere espressamente aggiunti. Così, per esempio il compratore può riservarsi il diritto di pagare il prezzo dopo un certo tempo [1].

L'esistenza degli elementi essenziali dell'atto giuridico deve essere provata da colui che dall'atto stesso deriva un qualche diritto; provati gli elementi essenziali dell'atto, gli elementi naturali si presumono, e chi sostiene il contrario deve provarlo; l'esistenza degli elementi accidentali deve essere provata da colui che sui medesimi fonda le sue ragioni, dappoichè essi non si presumono.

Fra gli elementi accidentali di un atto giuridico primeggiano le condizioni, il termine e il modo.

---

[1] Nello svolgimento storico un elemento può cambiare natura; così l'obbligo di rispondere per l'evizione nella compravendita era in origini un *accidentale negotii*; poi divenne un *naturale* (vedi il § 136).

§ 27.

Delle condizioni[1].

NOZIONE. — La condizione in lato senso della parola è un avvenimento dal quale si fa dipendere un qualche rapporto giuridico.

In un significato più ristretto e proprio chiamasi condizione l'avvenimento futuro ed incerto dal verificarsi o non verificarsi del quale si fa dipendere un rapporto giuridico [2]. Un atto giuridico, conchiuso sotto tale limitazione, chiamasi *negotium conditionale*, in opposizione a quelli conchiusi senza condizione, i quali chiamansi *negotia pura*.

VARIE SPECIE. — Le condizioni sono sospensive o risolutive; affermative o negative; casuali, potestative o miste; lecite o illecite.

La condizione sospensiva è quella dalla quale si fa dipendere l'esistenza dell'atto giuridico; la risolutiva è quella dalla quale si fà dipendere la cessazione dell'atto giuridico.

La condizione è affermativa quando l'atto giuridico si fa dipendere dall'avverarsi di una data circostanza di fatto; essa è negativa quando l'atto giuridico si fa dipendere dal non avverarsi di quella circostanza.

La condizione è casuale, quando il suo avverarsi dipende intieramente dal caso o dal fatto di un terzo; è potestativa quando dipende dalla volontà di colui, il diritto del quale è subordinato alla medesima; la condizione infine è mista se dipende in parte dalla volontà di lui e in parte dal caso o dal fatto d'un terzo.

La condizione lecita è quella che non è contraria nè alle

---

[1] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 66-72.

[2] Dalle condizioni in senso proprio restano escluse le condizioni necessarie, le impossibili, le tacite e quelle che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato. Di queste condizioni in senso improprio parleremo in fine del presente paragrafo.

leggi, nè al buon costume: illecita quella per mezzo della quale la disposizione contiene alcun che di proibito o riprovato dal diritto o dalla morale. Le condizioni illecite producono effetti eguali alle condizioni impossibili.

VERIFICAZIONE DELLE CONDIZIONI. — La condizione è adempita (*conditio existit*), quando l'avvenimento posto a condizione si è pienamente avverato. Fino a tanto che questo avvenimento non si è avverato, ma è ancor possibile che si verifichi, si dice che la condizione è pendente (*conditio pendet*). Se poi è certo che più non si verificherà, si dice che la condizione è mancata (*conditio deficit*). Le condizioni negative si dicono verificate quando è impossibile che avvenga il fatto negativo posto a condizione.

La condizione si reputa adempita, sebbene l'avvenimento posto a condizione non siasi effettivamente avverato, quando colui che ha interesse che la condizione non si verifichi ne impedisca dolosamente la verificazione contro l'intenzione di quanto è stato stabilito [1].

Se, fatto inutilmente ogni tentativo per adempiere la condizione, il buon volere dimostrato equivalga all'adempimento, è questione d'interpretazione del negozio giuridico. La risposta sarà più spesso affermativa rispetto alle disposizioni di ultima volontà [2].

EFFETTI DELLE CONDIZIONI. — Per determinare con precisione gli effetti delle condizioni apposte agli atti giuridici è opportuno tenere distinte le condizioni sospensive dalle risolutive, e trattare separatamente delle une e delle altre, con riguardo ai tre stadii di condizione pendente, verificata e mancata.

Effetti delle condizioni sospensive. — Pendente la condizione sospensiva è incerto se l'atto giuridico acquisterà efficacia. L'atto giuridico sussiste, ma è un atto giuridico condizionato: vale a dire, esso contiene in sè la possibilità di produrre gli effetti

[1] ULPIANUS, fr. 161, *de reg. iur.*, 50, 17; Cod. civ., art. 1169; ULPIANO ci dà alcuni esempi pratici nel fr. 7, pr. e nel fr. 50, *de contr. empt.*, XVIII, 1.

[2] ULPIANUS, fr. 5, § 5, *quando dies* XXXVI, 2:.... *si ita mihi legatum sit, si Sciam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat, quominus parcam condicioni, sed per alium stat.* Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I, § 69, nota 4.

giuridici a cui mirava l'atto, ma non è per l'appunto che una possibilità la quale può del tutto svanire. In quanto l'atto giuridico contiene in sè la possibilità di produrre gli effetti giuridici che si ebbero di mira con la sua costituzione, esso ha fin d'ora una giuridica importanza e una tal quale giuridica efficacia, nel senso che colui, il quale su quell'atto giuridico fonda un suo diritto, per quanto questo sia eventuale ed incerto, non può esserne arbitrariamente spogliato. È una legittima speranza che forma parte del suo patrimonio e che, venendo a morire pendente la condizione, egli trasmette ai suoi eredi [1]. L'altra parte, a pregiudizio della quale la condizione può verificarsi, non può distruggere quella speranza, e far sì che gli effetti giuridici, che l'atto è destinato a produrre in caso di condizione adempita, non abbiano a prodursi, ma è obbligata ad attendere l'esito della condizione, e sotto questo rapporto si può dire con tutta ragione che essa è legata ossia vincolata. Appunto in causa di questo suo vincolo, verificandosi la condizione, cadono di per sè tutte

---

[1] § 4, Inst. *de verb. obl.*, III, 15:..... *Ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.* Il creditore sotto condizione può in alcuni casi ottenere cauzione per far valere il diritto futuro e conseguire altre guarentigie (Ulpianus, fr. 16, pr. *de hered. pet.*, V, 3; Paulus, fr. 40, *ad leg. Aquil.*, IX, 2; Marcianus, fr. 13 § 5, *de pignor.*, XX, 1; Ulpianus, fr. 1, §§ 3, 14 e 20; Papinianus, fr. 5, pr. a § 2; Pomponius, fr. 10, *ut legat.*, XXXVI, 3). In caso di morte del debitore, può domandare contro gli eredi la separazione del patrimonio al pari dei creditori incondizionali (Papinianus, fr. 1, pr. *de separationibus*, XLII, 6). Il rapporto giuridico condizionato è un elemento patrimoniale; e quindi pignorabile ed è valutato per la deduzione della quarta Falcidia. Anche per il diritto civile italiano, finchè pende la condizione sospensiva, colui che dall'avveramento di essa verrebbe a conseguire diritti, sieno questi il dominio, o altro diritto reale, o un credito, può disporre ed esercitare tutti gli atti che tendono a conservarli (art. 1171 e 1976). Gli atti conservativi possono essere la domanda di verificazione della scrittura o della sottoscrizione (art. 1322), la trascrizione dell'atto di acquisto, l'iscrizione della ipoteca convenuta sui beni del debitore condizionale, la iscrizione di una ipoteca (in rappresentanza del debitore) sui beni di coloro che sono debitori del debitore, l'interrompere le prescrizioni che decorrono a favore di quelli a danno di quest'ultimo. Vedi Giorgi, *Obbligazioni*, IV, num. 333, 370 e Arndts-Serafini, *Pandette*, I, § 70, nota 4.

quelle disposizioni giuridiche che, pendente la condizione, essa avesse prese in opposizione al diritto eventuale nascente dall'atto condizionato. Se, per esempio, Tizio avesse, sotto condizione, trasferito in altri la proprietà di un suo fondo, non potrebbe, pendente la condizione, trasferire quella proprietà ad un terzo o gravarla di servitù e d'ipoteche; che se lo avesse fatto, verificandosi la condizione si estinguerebbero di pieno diritto tutte quelle servitù ed ipoteche, come svanirebbe senz'altro il diritto di proprietà trasferito al terzo.

Se la condizione sospensiva viene a mancare, l'atto giuridico non produce alcun effetto [1].

Verificandosi la condizione sospensiva, l'atto giuridico condizionale acquista pieno vigore e produce tutti gli effetti giuridici a cui esso mirava, come se fosse stato incondizionato [2].

Effetti delle condizioni risolutive. — Tutto ciò che nelle condizioni sospensive vale pel principio del rapporto giuridico, nelle condizioni risolutive vale per la fine del medesimo. Per chiarire meglio questa regola, esamineremo anche qui le tre ipotesi di condizione pendente, mancata e verificata.

Pendente la condizione risolutiva, l'atto giuridico produce tutti gli effetti che per sua natura può produrre, colla possibilità però che, verificandosi la condizione, esso diventi inefficace. Quindi si parla in tal caso di un *negotium perfectum, quod sub condicione resolvitur.*

Se la condizione risolutiva viene a mancare, è ormai certo che l'atto giuridico, che era soggetto all'eventualità della riso-

---

[1] PAULUS, fr. 8, pr. *de peric. et comm.*, XVIII, 6: .....*si quidem deficerit condicio, nulla est emptio sicut et stipulatio.* ULPIANUS, fr. 37, *de contr. empt.* XVIII, 1; JULIANUS, fr. 19, *de hered. vel act. vend.*, XVIII, 4.

[2] GAIUS, fr. 11, § 1, *qui potiores in pign.*, XX, 4; PAULUS, fr. 8, pr. *de per. et com.*, XVIII, 6; POMPONIUS, fr. 16, *de solut.*, XLVI, 3; GAIUS, fr. 69, § 1, *de legatis*, I, (XXX); PAULUS, fr. 78, pr. *de verb. obl.*, XLVI, 1; POMPONIUS, fr. 18, *de reg. iur.*, L, 17. Di qui la regola che la condizione adempiuta ha effetto retroattivo al momento dell'atto (Cod. civ., art. 1170). Tale regola subisce un'eccezione quando l'adempimento della condizione consiste in un atto dipendente dall'arbitrio del debitore. (Applicazioni di questo principio si trovano nel fr. 4, *quae res pignori*, XX, 3 di PAOLO). Per altre limitazioni vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I, § 71 e gli autori ivi citati.

luzione, non è più risolubile, e quindi vale come se non fosse mai stato soggetto a condizione [1].

Col verificarsi della condizione risolutiva, l'atto giuridico, a cui la medesima era stata apposta, si risolve e cessano quindi di pieno diritto tutti i suoi effetti giuridici, come se non fosse mai stato conchiuso. Nè si creda per avventura che, verificandosi la condizione risolutiva, nasca soltanto un'azione personale per chiedere la restituzione delle cose nel loro pristino stato; che anzi gli effetti giuridici creati dall'atto sottoposto a condizione risolutiva si estinguono direttamente e attivamente, come se non si fossero mai verificati [2]. In altri termini, la condizione risolutiva verificata ha effetto retroattivo.

DELLE CONDIZIONI IMPROPRIE. — Vi sono alcune condizioni che a stretto rigore non sono tali. Tali sono le condizioni necessarie, le impossibili, le tacite e quelle che si riferiscono ad un avvenimente presente o passato.

Condizioni necessarie. — Le condizioni necessarie sono quelle che debbono necessariamente verificarsi. Per esempio: « mi obbligo a pagarti mille scudi se Tizio morrà ». La morte di Tizio è certa, e di incerto non vi ha che il tempo in cui essa accadrà, e quindi si sa fin d'ora con certezza che l'avvenimento posto per condizione presto o tardi deve verificarsi. L'atto giuridico conchiuso sotto una condizione siffatta non è condizionale, ma incondizionato (*negotium purum*). Nel caso surriferito io sono fin dal bel principio debitore della somma promessa, e solo potrà esserne differito il pagamento fino al giorno della morte se questa era l'intenzione dei contraenti [3]. Altro esempio di condizione

---

[1] ULPIANUS, fr. 2, pr. *de in diem addict.*, XVIII. 2: *pura emptio, sed sub condicione resolvitur.*

[2] ULPIANUS, fr. 4, § 3, *de in diem add.*, XVIII. 2; fr. 3, *quib. mod. pign.*, XX. 6; fr. 11, *de rei vind.*, VI. 1; PAULUS, fr. 9, *de acqua*, XXXIX 3; c. 4, Cod., *de pactis inter vend. et empt.*, IV. 54; Cod. civ. ital., art. 1138, 1170, 1796. Non osta la Const. 3, Cod., IV. 51, come non osta l'art. 1511 del Cod. civ. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I, § 71, nota 7.

[3] ULPIANUS, fr. 9, § 1, *de novat.*, 46. 2: « *Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo extitura est, pure videtur stipulari* ». Veggasi inoltre PAPINIANO, nel fr. 79, pr. *de cond.*, XXXV. 1 ed il § 11, Inst., *de inut. stip.*, III. 19.

necessaria sarebbe il seguente: « ti prometto mille scudi se per tutto questo mese Tizio non toccherà il cielo col dito ». Anche qui, siccome è certo fin d'ora che Tizio non toccherà il cielo col dito, la condizione *di non toccare il cielo col dito* è necessariamente adempita. È lo stesso come se avessi detto: « ti darò mille scudi se non avverrà ciò che è impossibile che avvenga » quindi io dovrò pagare tosto i mille scudi, come se li avessi promessi incondizionatamente [1].

Condizioni impossibili. — Le condizioni diconsi impossibili quando è certo fin da principio che, secondo leggi naturali o giuridiche, l'avvenimento a cui si riferiscono non si potrà mai verificare. Esse sono quindi o *naturalmente* impossibili o *giuridicamente* impossibili. Esempio di condizione naturalmente impossibile: « ti prometto mille scudi se toccherai il cielo col dito »[2]. Un esempio di condizione giuridicamente impossibile sarebbe questo: « ti prometto mille scudi se concludi un valido matrimonio con tua sorella ». Una condizione impossibile equivale alla negazione completa della volontà di colui che si obbliga o dispone sotto tale condizione, e quindi dovrebbe produrre in ogni caso la nullità dell'atto. Codesta nullità è espressamente pronunciata per gli atti tra vivi [3], ma nelle disposizioni d'ultima

---

[1] Fr. 8, *de V. O.*, XLV, 1: *Sed cum eo, qui ita promisit* « SI INTRA KALENDAS DIGITO COELUM NON TETIGERIT » *agi protinus potest.* Vedi anche il Cod. civ., art. 1161. Alcuni autori dànno a queste condizioni necessarie negative il nome di condizioni negative impossibili, ma questa denominazione è da rigettarsi, dappoichè i principii che reggono le condizioni impossibili sono ben diversi da quelli che valgono per le necessarie.

[2] § 11, Inst., *de inutil. stipul.*, III, 19. *Impossibilis condicio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit:* si digito coelum tetigeris dare spondes?

[3] MARCIANUS, fr. 31, *de oblig. et action.*, XLIV, 7: *Non solum stipulationes impossibili condicioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili condicione interposita, aeque nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea condicione, quam sciant esse impossibilem.* GAI., *Inst.*, III, 98; § 11, Inst., *de inut. stipul.*, III, 19. Cod. civ., art. 1160.

volontà, invece, vale la regola che le condizioni impossibili si ritengono per non apposte [1].

Effetti eguali alle condizioni impossibili producono le condizioni illecite (*turpes*), quelle cioè che imprimono all'atto, in cui esse intervengono, un carattere tale che il negozio nel suo insieme sia riprovato dalla legge morale o dalla civile [2]. Per sapere se la condizione sia lecita o illecita non si deve guardare al fatto posto come condizione, ma allo scopo che si è prefisso colui che ha imposto la condizione. Si noti inoltre che è perfettamente valida la condizione relativa al fatto illecito di un terzo, o anco al fatto illecito di una delle parti, quando la prestazione non si configuri come un premio dell'atto illecito o come il motivo solo, per cui la parte se ne astiene [3].

Condizioni tacite. — Le condizioni tacite, ossia quelle a cui la legge stessa subordina l'acquisto di un diritto non rendono l'atto giuridico condizionale, ma sono una inutile ripetizione di ciò che è già sottinteso per la natura stessa dell'atto. Esse hanno soltanto l'apparenza, ma non la forza di vere condizioni [4].

---

[1] GAI., *Inst.*, III, 98: *... sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset: diversae scholae auctores nihilo minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* ULPIANUS, fr. 3, *de condic. et demonstr.*, XXXV, 1: *Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.* § 10, Inst., *de heredibus instit.*, II, 14: *Impossibilis condicio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur.* Su questo passo delle *Istituzioni*, vedi BUONAMICI nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, VIII, 31. Anche il Codice civ. ital. (art. 849), dispone che « nel testamento si hanno per non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie alle leggi o al buon costume ».

[2] PAPINIANUS, fr. 123, *de V. O.*, XLV, 1: *Si flagitii facienti vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.* PAUL., *Sent.*, III, 4, § 2: *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti: veluti* SI UXOREM NON DUXERIS, SI FILIOS NON SUSCEPERIS, SI HOMICIDIUM FECERIS, SI LARVALI HABITU PROCESSERIS *et his similia.* Cod. civ., art. 489 e 1160.

[3] PAPINIANUS, fr. 121, § 1, *de V. O.*, XLV, 1; ULPIANUS, fr. 7, § 3, *de pact.*, II, 14.

[4] PROCULUS, fr. 69, *de hered. inst.*, XXVIII, 5.

Condizioni che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato. — Anche queste non sono condizioni che in apparenza, ma in realtà non rendono condizionale l'atto giuridico a cui furono apposte, dappoichè in esse non vi ha nulla d'incerto. La incertezza è nella mente delle parti, ma non nella natura delle cose Una semplice verificazione dei fatti basterà per decidere se l'avvenimento erasi o non erasi avverato fin da quando venne conchiuso l'atto giuridico: nel primo caso l'atto era fin da bel principio puro e semplice: nel secondo non si è nemmeno formato [1].

Ammissibilità delle condizioni. — Vi sono atti giuridici, che non ammettono condizioni di sorta sotto pena di nullità [2]; ve ne sono altri che non ammettono certe specie di condizioni. Così, per esempio, non si può istituire un erede sotto condizione risolutiva: essa si considererebbe come non apposta [3]. Sono pure inammissibili le condizioni capziose nelle disposizioni di ultima volontà [4].

§ 28.

Del termine e del modo.

Termine (dies). — Il termine apposto ad un atto giuridico è il momento dal quale il dichiarante vuole che debba incomin-

[1] § 6, Inst., *de verborum obbligat.*, III, 15: *Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti* si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit, dare spondes? *nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

[2] Vedi il fr. 77, *de reg. iur.* (Papinianus, *libro primo Quaestionum*). Anche pel Codice civile patrio non possono subordinarsi a condizione il matrimonio (art. 95), il riconoscimento dei figli naturali, l'emancipazione, l'adozione, la legittimazione.

[3] Gaius, fr. 89 [88], *de hered. inst.*, XXVIII, 5. Cfr. Papinianus, fr. 34, *eodem.*, e § 9, Inst., *eodem*, II, 14. Vedi il § 187.

[4] Una disposizione capziosa sarebbe, per es.: « Tizio sia mio erede, se egli istituirà erede Mevio ». Le condizioni capziose annullano la istituzione. Papinianus, fr. 71 [70], *de hered. instit.*, XXVIII, 5.

ciare, o sino al quale vuole che debba durare il rapporto giuridico, alla cui costituzione l'atto è diretto. Nel primo caso si ha il termine primordiale (*dies a quo*), nel secondo il termine finale *dies ad quem*. Il termine può essere determinato in modo diretto, coll' indicazione di un giorno preciso del calendario, o in modo indiretto col riferisi ad un avvenimento futuro o al compimento della durata di uno stato di cose, per esempio: al tempo della mia morte, quando sarai uscito di tutela. In caso di determinazione indiretta del termine può darsi che sia incerto se l'avvenimento sarà per verificarsi (*dies incertus an*). In tal caso non esiste vero termine, ma una condizione [1].

Il termine, a differenza della condizione, non rende incerto il rapporto giuridico (cioè l'esistenza o la fine del medesimo), ma, secondo che è termine primordiale, o finale, ne ritarda la esecuzione o ne impedisce la continuazione. Se io, per esempio, prometto mille scudi pel 1° gennaio dell'anno prossimo, il mio debito esiste fin dal momento della promessa, e il termine apposto non ha altro effetto che quello di protrarre l'istante dell'esecuzione [2].

---

[1] Per esempio: Mi obbligo di pagarti mille scudi il giorno che avrò raggiunto l'età di 90 anni. Qui non vi ha che l'apparenza di un termine; in realtà si ha una condizione. Talvolta però l'intenzione delle parti può essere tale, che anche il termine, benchè incerto se avverrà, venga considerato come vero termine. Se, per esempio, io ho lasciato il godimento di un fondo a Tizio *sino al giorno in cui Sempronio avrà raggiunto l'età di 25 anni*, può darsi che io abbia inteso di dire sino al tempo in cui Sempronio avrebbe raggiunto i 25 anni, se fosse vissuto.

[2] § 2. Inst., *de V. O.*, III, 15: *.....id autem, quod in diem stipulamur statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest.* Paulus, fr. 46, pr. *de V. O.*, XLV, 1; fr. 21, pr. *quando dies legatorum*, XXXVI, 2; Ulpianus, fr. 213, pr. *de V. S.*, 50, 16. Codice civile, art. 1172. Il principio, che il diritto viene tosto ad esistenza, ma è sospesa la sua esecuzione e la sua esigibilità, vale per i diritti di obbligazione, per il diritto di pegno e per le servitù, ma non per il diritto di proprietà. Un proprietario a termine non è ancora proprietario. Quanto al termine finale (*dies ad quem*) è controverso se allo scadere del termine cessi *ipso iure* la proprietà concessa *ad diem*. Cfr. Scialoja V. La proprietà nel diritto romano (Roma 1914) - dove la questione è trattata profondamente.

Non tutti i negozi giuridici ammettono apposizione di termine [1].

Modo (modus). — Il modo è un onere imposto a colui al quale si fa una liberalità. Avviene di frequente nelle donazioni e nelle disposizioni d'ultima volontà che s'ingiunga al beneficato (donatario, erede o legatario) di impiegare tutto o parte di quanto ha avuto ad uno scopo determinato, o di eseguire qualche altro incarico [2]. Simile ingiunzione, che non ha il carattere di correspettività, ma è soltanto una diminuzione del beneficio accordato, differisce dalla condizione e dal termine in ciò che non sospende nè l'esistenza, nè l'esigibilità del diritto, nel cui conferimento consisteva la liberalità [3].

Chi riceve quanto gli fu lasciato *sub modo*, è obbligato ad eseguire l'incarico impostogli [4], semprechè questo non contenga nulla d'impossibile, d'illegale e d'immorale [5]. A tale scopo è accordato a chi fece la liberalità, o a' suoi eredi, o al terzo a vantaggio del quale fu stabilito l'onere, un'azione verso il beneficato per costringerlo all'adempimento dell'onere impostogli [6]. Per garanzia di tale adempimento è di regola esigibile una cau-

---

[1] Papinianus, fr. 77, *de reg. iuris*, 50, 17: *Actus legitimi, qui non recipiunt diem, vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem.* Cfr. gli articoli 95 e 851 del Cod. civile. Vedi più sopra il § 27 e il vol. II, § 187.

[2] Per es.: « *Centum millia tibi lego ut monumentum facias* ». Il *modus* non toglie il carattere di gratuità all'atto, anche quando il beneficato debba impiegare tutto ciò che ha ricevuto per un dato scopo. Vedi Fadda nel *Filangieri*, anno 1896, pag. 176.

[3] Scaevola, fr. 80, *de cond. et dem.*, XXXV, 1: ... *nec enim parem esse dicemus eum, cui ita datum sit* SI MONUMENTUM FECERIT, *et eum, cui datum est* UT MONUMENTUM FACIAT.

[4] C. 9, Cod., *de donat.*, VIII, 53 [53]. Vedi la nota seguente.

[5] Paulus, fr. 37, *de cond.*, XXXV, 1; Ulpianus, fr. 8, §§ 6 e 7, *de cond. inst.*, XXVIII, 7; Pomponius, fr. 7 in fine, *de annuis legat.*, XXXIII, 1.

[6] Javolenus, fr. 40, § 5, *de condit. et demonstr.*, XXXV, 1; Papinianus, fr. 71, pr. e § 1, *eodem*; Scaevola, fr. 80, *eodem*.

zione [1]. Da non confondersi col *modus* è il semplice consiglio, il quale non produce alcuna efficacia giuridica.

§ 29.

Requisiti degli atti giuridici in senso proprio.

Per l'esistenza di un atto o negozio giuridico si richieggono un dato subbietto, un dato obbietto ed una debita manifestazione della volontà.

REQUISITI SUBBIETTIVI. — Il subbietto che pone in essere l'atto deve avere la capacità d'agire [2]. Cotesta capacità, come si è già detto altrove [3], manca totalmente agli infanti, ai furiosi ed ai mentecatti, i quali non possono per conseguenza conchiudere alcun atto giuridico; vi sono poi persone che hanno un'incapacità relativa, come, per esempio, i pupilli, che, senza *auctoritas* del loro autore, possono stipulare, ma non promettere. I minori e le donne hanno pure, sotto certi rapporti, una capacità di agire limitata.

Secondo il Codice civile, i maggiori, che non siano interdetti per infermità di mente o inabilitati, sono capaci di tutti gli atti della vita civile [4]. Gli interdetti per infermità di mente sono in istato di tutela (art. 329). Gli inabilitati non possono far atti che eccedano la semplice amministrazione (art. 339). I minori sono di regola incapaci di compiere atti della vita civile; tuttavia, se hanno compiuto gli anni diciotto, sono capaci di testare (articoli 762 e 763) e possono essere emancipati (art. 311), acquistando così la capacità di fare da sè tutti gli atti che non eccedano la semplice amministrazione (art. 317).

[1] VALENS, fr. 19. *de legatis*, III [32]. Vedi anche la nota precedente. Se però il *modus*, senza colpa del beneficato, ma per puro accidente, non può essere adempito, il negozio si considera come se fosse conchiuso senza il *modus*.

[2] Vedi anche i §§ 102, 161, 174, 183.

[3] Vedi il § 9.

[4] Vedi le eccezioni al § 9 e ai §§ 161 e 174.

Requisiti obbiettivi. — L'obbietto dell'atto giuridico deve essere possibile e lecito [1]. Per conseguenza, se l'obbietto è così vagamente indicato, che non sia assolutamente possibile determinarlo, l'atto è invalido. Lo stesso dicasi quando l'atto giuridico ha per obbietto una cosa che non esiste o che è fuori di commercio. Se poi l'atto giuridico ha per obbietto il fatto di una persona, questo fatto deve essere lecito e fisicamente e giuridicamente possibile.

Debita manifestazione della volontà. — Di regola basta che la volontà si manifesti in modo qualunque, cioè a voce, in iscritto, con segni o con altri atti concludenti. Talvolta però è necessaria l'osservanza di certe solennità di forma, le quali consistono ora nell'uso di alcune determinate parole, ora nell'intervento di testimoni, ora nella redazione dell'atto in iscritto, o anche nell'assistenza di pubblici ufficiali. L'adempimento di queste solennità, semprechè la legge le abbia espressamente prescritte per la validità dell'atto e non al solo scopo di prova, è essenziale per la giuridica esistenza dell'atto e la loro inosservanza produce invalidità dell'atto [2].

§ 30.

Invalidità degli atti giuridici.

L'invalidità degli atti o negozi giuridici è di due specie, cioè nullità (inesistenza) e annullabilità (rescindibilità).

Nullo (inesistente) è quell'atto o negozio giuridico, che esiste soltanto in apparenza, ossia di fatto, ma che giuridicamente non sussiste. La nullità adunque è la negazione dell'esistenza giuridica di un atto. Così sarebbe nullo il testamento ove fosse preterito un figlio soggetto alla patria potestà o che non contenesse la istituzione d'erede, o che mancasse di qualche solennità espressamente prescritta dalla legge.

---

[1] Vedi anche il § 104.

[2] Vedi, p. e., gli art. 1956 e 1314 del Cod. civ.

Quando l'atto è nullo (inesistente), non si richiede alcuna azione per farlo annullare; anzi l'esercizio di siffatta azione è impossibile, poichè legalmente non esiste alcun atto o negozio da ridursi al nulla. Per conseguenza, nel caso proposto, gli eredi legittimi, invece di chiedere che il testamento venga annullato, promuoveranno senz'altro la *hereditatis petitio,* e se per avventura venisse loro opposto il preteso testamento, basterà che neghino la giuridica esistenza del medesimo. In caso di controversia, il giudice dovrà bensì conoscere se il testamento abbia o non abbia giuridica esistenza: ma, ove lo ritenga inesistente, farà senz'altro luogo alla successione intestata e condannerà il convenuto alla restituzione delle cose ereditarie, non esistendo il testamento in virtù del quale esso pretendeva di possederle. In altri termini, la sentenza di condanna si fonderà bensì sull'inesistenza del preteso testamento, ma non si può dire che essa lo annulli, non potendosi annullare ciò che non esiste. È bensì vero che per le leggi moderne l'inesistenza deve, di regola, esser dichiarata dal giudice, ma altro è la dichiarazione di esistenza ed altro è l'annullamento. Tant'è che, mentre l'azione per chiedere l'annullamento o la rescissione di un negozio giuridico annullabile o rescindibile non dura più di cinque anni (art. 1300), la domanda per ottenere la dichiarazione giudiziale di nullità di un negozio giuridico inesistente non è soggetta a quella breve prescrizione. Del resto, per ottenere la dichiarazione giudiziale di nullità o di inesistenza di un negozio giuridico, non è necessario promuovere apposito giudizio; anzi il più delle volte la nullità non dà argomento che ad una questione incidentale, e si fa valere in via di eccezione o in via di replica opposta all'eccezione avversaria [1].

ANNULLABILE (RESCINDIBILE) è quell'atto o negozio giuridico che ha bensì giuridica esistenza, ma che può essere impugnato da una delle parti o da un terzo interessato che abbia il diritto di impugnarlo; in seguito a quest'attacco la sua efficacia è tolta. Fino a tanto che l'atto giuridico annullabile non

[1] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* I, § 79, note 2-4.

è stato impugnato da chi ne ha il diritto, esso continua a sussistere. Così, per esempio, un atto giuridico conchiuso per dolo o per violenza altrui non è nullo, ma ha giuridica esistenza, fino a tanto che l'ingannato o il minacciato non si sono valsi del diritto di chiederne l'annullamento. Se l'ingannato o il minacciato non vogliano usare del loro diritto di impugnare il negozio giuridico affetto dal vizio della violenza o del dolo, l'altra parte non può prevalersi dell'annullabilità del negozio: sarebbe uno *exceptio ex iure tertii* [1].

L'invalidità di un atto può esistere fin da principio o può sopravvenire in seguito. Invalido da principio è un atto quando manca di un requisito essenziale alla sua esistenza, o quando è contrario ad una legge proibitiva. Le cause per cui un atto giuridico, valido in origine, diventa invalido di poi, sono varie secondo la natura dell'atto, e non ammettono una classificazione generale. Un esempio sarebbe la rottura del testamento per la nascita di un *postumus suus* che è stato preterito, o per cangiamento di volontà [2].

Talvolta avviene che un atto giuridico sia invalido in conseguenza di una prescrizione di legge che aveva di mira colui che l'ha conchiuso, ma contenga in sè tutti i requisiti preveduti da un'altra disposizione di legge e sia valido sotto questo aspetto. Nel diritto nostro un'obbligazione cambiaria, per esempio, può essere valida come un'obbligazione civile, sebbene manchi d'un requisito essenziale per valere come obbligazione cambiaria. Così può valere come donazione un contratto di vendita in cui sia stato pattuito che non possa esigersi il prezzo [3].

Talvolta avviene che un atto giuridico invalido divenga valido in seguito. A tal riguardo bisogna distinguere il caso in cui

[1] Vedi il § 24, e i §§ 102-103.

[2] Vedi il § 195.

[3] Si quistiona fra i civilisti moderni, se la forma debba essere quella richiesta per l'atto vero o basti siasi osservata quella prescritta per l'atto simulato. Vedi PACIFICI-MAZZONI. *Istituzioni*. II. n. 131. 3ª ed., pag. 227. BIANCHI. *Principii generali sulle leggi*. n. 91. pag. 125; FERRARA F. *Della simulazione nei negozi giuridici*, Milano 1909.

viene a cessare la causa dell'invadilità da quello della ratifica.

Quanto al primo caso, vale la regola generale che l'atto giuridico nullo non diventa valido per la cessazione della causa di nullità [1]. Soltanto in via di eccezione la legge ammette che in seguito possa validamente aggiungersi all'atto quanto gli mancava in origine per la sua validità, il che avviene specialmente quando l'invalidilà proveniva dalla mancanza del consenso d'una terza persona, il quale siasi ottenuto dipoi; come, per esempio, in diritto romano, quando il curatore approva posteriormente la vendita fatta dal minore, o quando il padre approva il mutuo di denaro fatto al suo figlio di famiglia [2].

Quanto al secondo caso, bisogna tenere distinti gli atti nulli dagli atti annullabili. Un atto giuridico nullo per difetto di formalità o per un motivo d'ordine pubblico, non può essere sanato con alcun atto confermativo. Difatti un atto che non esiste non può essere suscettivo di conferma. Ciò che impropriamente si dice conferma di atti nulli non è una conferma, bensì un atto nuovo, che riunendo tutte le condizioni volute dalla legge, produrrà i suoi effetti, ma senza avere forza retroattiva. Un atto giuridico annullabile invece può essere confermato o ratificato da chi ha diritto ad impugnarlo [3]; e può diventare valido anche per prescrizione dell'azione di nullità o di rescissione [4].

---

[1] PAULUS. fr. 29. *de reg. iuris*, 50, 17: *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* È questa la generalizzazione della famosa *Regula Catoniana* relativa ai legati (§ 218). Spesso quando si parla di una convalidazione posteriore di atti nulli, questa è una espressione scorretta, in parte per indicare il posteriore sorgere di un negozio valido di ugual contenuto, in parte per indicare l'avverarsi di un fatto che decide per la validità del negozio fino allora sospesa. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I, §§ 78-79; BARASSI, *Teoria della ratifica del contratto annullabile*, Milano 1898, e su di esso COVIELLO L. nello *Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III), fasc. 2.

[2] Const. 7, pr. *ad Senatuscons. Macedonniaum*, IV, 28.

[3] Esempi si trovano nel fr. 3, § 1. *de minoribus*, IV, 4 nel fr. 7, § 16, *de SC. Maced.*, XIV. 6 (di ULPIANO), nel fr. 19 *cod.* (di POMPONIO), e nelle Cost. 2 e 4, Cod., *de his quae vi*, II, 20. Vedi Codice civile, art. 1309-1311.

[4] Cod. civ., art. 1300.

L'invalidità può anche essere parziale, sia riguardo al contenuto del negozio, sia riguardo alle persone. Un contratto che vincola solo una parte si chiama *negotium claudicans*. Così, per esempio, la vendita fatta dal pupillo *sine tutoris auctoritate* vincola solo il compratore [1].

Gli esposti principii valgono anche pel codice civile italiano, sebbene questo adoperi la parola nullità, tanto per denotare la insussistenza dell'atto [2], quanto per esprimere la semplice annullabilità [3]. Talvolta però, quando vuole denotare l'insussistenza dell'atto, adopera l'espressione « nullità assoluta, radicale o altre simili » [4]; quando invece vuole esprimere la semplice annullabilità dell'atto, usa le parole « causa di nullità, azione di nullità o di rescissione » [5].

§ 31.

Degli atti illeciti in generale e della colpa in particolare [6].

Atti illeciti in generale. — Nella sfera del diritto privato si chiama atto illecito quell'azione od omissione imputabile, con cui si lede il diritto altrui. Un atto può essere illecito per sè, indipendentemente da qualsiasi rapporto obbligatorio fra danneggiante e danneggiato, od in relazione ad uno speciale rapporto obbligatorio esistente fra i medesimi. Nel primo caso gli atti illeciti si chiamano delitti, e, inquantochè ledono diritti privati, chiamansi più propriamente *delicta privata*. Questi delitti privati formano una causa o fonte speciale di obbligazioni (*obligationes ex delicto*), di cui parleremo nel terzo libro. Nel secondo

---

[1] Ulpianus, fr. 13, § 29, *de act. empti vend.*, XIX. 1: *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.* Pr. Inst., *de auctor. tutor.*, I, 21. Codice civile, art. 1107 e art. 137, 227, 322, 335 e 341.

[2] Art. 803, 814, 1056, 1314.

[3] Art. 1109 e 1115.

[4] Art. 1310.

[5] Art. 1111, 1113, 1115, 1300.

[6] Chironi, *La colpa. Colpa extracontrattuale (Aquiliana)*, Torino 1886; *Colpa contrattuale*, 2ª ediz., Torino 1897.

caso essi non producono che una modificazione del rapporto obbligatorio già esistente.

Ogni atto illecito suppone una lesione del diritto altrui, e che questa lesione sia imputabile all'autore della medesima. Tale imputabilità chiamasi colpa in lato senso della parola.

DELLA COLPA. — La colpa in lato senso esiste ogniqualvolta taluno è imputabile della lesione del diritto altrui. La colpa in questa lata significazione comprende tanto il dolo che la colpa in senso stretto. Esiste dolo quando si commette un atto illecito, positivo o negativo, coll'intenzione di recar danno, cioè di commettere una lesione del diritto altrui. Esiste colpa in senso stretto quando, senza intenzione di ledere il diritto altrui, non si usa la debita diligenza per evitare quella lesione.

VARIE SPECIE DI COLPA IN SENSO STRETTO. — La colpa propriamente detta si divide in colpa grave e in colpa lieve. La colpa grave (*culpa lata*) consiste in una negligenza eccessiva, vale a dire nel non comprendere quello che tutti dovrebbero comprendere [1]; evvi pure colpa grave quando negli affari altrui non si usano tutte le cautele che si usano negli affari propri [2]. La colpa lieve (*culpa levis*) esiste allorquando non si agisce con quella diligenza che dovrebbe avere un buon padre di famiglia (*diligens paterfamilias*), cioè un uomo vigile ed accurato [3]. Ciò che non è nemmeno colpa lieve è caso fortuito.

La colpa si divide inoltre in positiva (*culpa in faciendo*) e negativa (*culpa in non faciendo*), secondochè vi si incorre con un fatto positivo o con una omissione.

La colpa si divide pure in colpa contrattuale ed in colpa estracontrattuale. La colpa contrattuale nasce dall'omissione della diligenza voluta dal vincolo obbligatorio, in cui il colpevole si trova di fronte alla persona lesa. Per esempio: il depositario,

---

[1] ULPIANUS, fr. 213, § 2, *de verb. sign.*, 50, 16: *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt.*

[2] CELSUS, fr. 32, *depositi*, XVI, 3.

[3] ALFENUS, fr. 12 [11], *de peric.*, XVIII, 6; POMPONIUS, fr. 65, pr. *de usufr.*, XII, 1; PAULUS, fr. 31, *ad leg. Aq.*, IX, 2; ULPIANUS, fr. 13, § 1, *de pign. act.*, XIII, 7; PAULUS, fr. 14 *eodem.*

che non custodisce la cosa datagli in deposito, commette una colpa contrattuale, perchè ha mancato all'obbligo che gli deriva dal contratto di deposito. La colpa estracontrattuale (*culpa legis Aquiliae*) esiste allorquando si reca danno ad una persona, con la quale non si è legati da alcun vincolo obbligatorio, come, per esempio, quando taluno distrugge o guasta le cose altrui. La colpa estracontrattuale si conosce sotto il nome di colpa aquiliana, appunto perchè la legge Aquilia tratta del danno ingiustamente recato alle cose altrui. La colpa aquiliana, ossia estracontrattuale, è sempre una colpa positiva, *culpa in faciendo*, dappoichè l'uomo di fronte all'altro uomo non è giuridicamente tenuto ad atti positivi, se non quando egli siasi volontariamente obbligato [1]. La colpa contrattuale invece può essere anche negativa, dappoichè noi possiamo obbligarci benissimo anche ad un *non facere*.

Gradi della colpa. Per stabilire in tesi generale i gradi di responsabilità, conviene distinguere la colpa contrattuale dalla colpa estracontrattuale, ossia aquiliana. Nei danneggiamenti, che cadono sotto la sanzione della legge Aquilia, non si ammettono gradi di colpabilità. Qualunque danneggiamento, provenga esso da semplice inavvertenza, da negligenza più o meno grave, o da dolo, rende responsabile l'autore del danno: « *in lege Aquilia et levissima culpa venit* » [2].

La colpa contrattuale invece ammette gradi di responsabilità secondo la diversità del rapporto obbligatorio in cui si trova il colpevole. In alcuni rapporti obbligatorii non si risponde che della colpa grave, in altri anche per la lieve. A tale riguardo si può statuire la seguente regola generale: Chi entra in un rapporto obbligatorio per ritrarne un vantaggio risponde anche per colpa lieve [3]; chi poi non ha di mira che il vantaggio dell'altra parte,

[1] Ulpianus, fr. 13, § 2, *de usufr.*, VII, 1.

[2] Id. fr. 44, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2.

[3] Un'eccezione a questa regola esiste per colui che riceve una cosa a titolo precario, il quale non risponde che della colpa grave, sebbene ritragga un vantaggio. Il motivo è puramente storico e deriva da ciò che in origine il precario non era un contratto, ma si considerava come una semplice relazione di fatto.

risponde soltanto della colpa grave [1]. Così, per esempio, il depositario ed il comodante rispondono della colpa grave, ma non della lieve, appunto perchè il contratto è conchiuso ad esclusivo vantaggio dell'altra parte; in quella vece il depositante, il comodatario, il compratore, il venditore, il locatore, il conduttore, sono tenuti anche della colpa lieve [2].

Vi sono dei casi nei quali possiamo sottrarci alla responsabilità della colpa lieve, purchè si provi di avere usata quella diligenza che suolsi usare negli affari proprii. Questi casi possono ridursi al seguente principio comune. Quando gli affari altrui non si possono ben separare dagli affari proprii, non si risponde che della così detta diligenza in concreto. Così, per esempio, il marito nell'amministrazione dei beni dotali, il socio in quella dei beni della società, il comproprietario in quella della cosa comune, il tutore e curatore nell'amministrazione delle sostanze dei pupilli e dei minori, non sono obbligati che alla diligenza *quam in rebus suis adhibere solent* [3].

Risarcimento del danno prodotto da colpa. — Una conseguenza importantissima della colpa è l'obbligo di risarcire il danno da essa causato. Il danno può essere positivo (danno emergente) o negativo (lucro cessante), secondochè diminuisce effettivamente

[1] Un'eccezione a questa regola esiste pel mandatario, il quale, sebbene abbia di mira solo l'interesse dell'altro contraente, risponde anche della colpa lieve (dicasi lo stesso del *negotiorum gestor*). Vedi il § 139. È poi inutile avvertire che del dolo si risponde sempre.

[2] Alcuni autori distinguono tre gradi di colpa (*lata, levis, levissima*). Secondo essi, quella delle parti contraenti che non deriva alcun vantaggio dal rapporto obbligatorio risponde soltanto della colpa lata; se ambedue le parti vi hanno interesse sono tenute tutte e due anche della colpa lieve; se poi una sola delle parti ritrae vantaggio dal rapporto obbligatorio, risponde della colpa lievissima, vale a dire, essa deve usare una diligenza ancor maggiore di quella di un buon padre di famiglia [ma tale tripartizione non è da accettare ed oggi è generalmente ripudiata].

[3] GAIUS, fr. 72, *pro socio*, XVII, 2; PAULUS, fr. 17, pr. *de iure dot.*, XXIII, 3; ULPIANUS, fr. 1, pr, *de tut.*, XXVII, 3. S'intende però che in tali casi si mira sempre ad una diminuzione di responsabilità, quindi non mai ad un aumento, nemmeno quando il marito, il socio, il condomino, il tutore o il curatore sogliono usare una diligenza più che ordinaria nei propri affari.

il patrimonio, o ne impedisce l'aumento. Il danno si distingue inoltre in *rei aestimatio* e in *id quod interest*. La *rei aestimatio* è il danno che è immediata conseguenza di un fatto; l'*id quod interest* è l'interesse indiretto, cioè l'interesse che ha il danneggiato a che non fosse accaduto ciò che è accaduto (*quanti eius interest hoc vel illud factum non esse*) [1]. Esso comprende quindi eziandio quel danno che non discende direttamente dal fatto colposo, ma colpisce il danneggiato solo per la coesistenza di altre circostanze che avrebbero potuto anche non esistere, purchè si possa certamente dimostrare [2]. Chi reca ad altri un danno per propria colpa, è responsabile tanto per l'*aestimatio* quanto per l'*id quod interest*.

La misura del risarcimento in causa di dolo o di colpa può essere aumentata o diminuita per volontà comune delle parti [3]; ma è nullo, perchè immorale, il *pactum ne dolus praestetur* [4].

CAPO V.

Esercizio e tutela dei diritti [5].

§ 32.

Esercizio dei diritti.

L'esercizio di un diritto consiste nella manifestazione del potere che taluno vanta sopra un determinato oggetto mediante

---

[1] Esempi si trovano nei fr. 21, § 2; fr. 23, pr. e § 4, *ad legem Aquil.*, IX. 2; fr. 18, pr. *commodati*, XIII, 6; fr. 6, § 4 e fr. 13, pr. e § 2, *de act. empti vend.*, XIX, 1; fr. 19, § 1, *locati*, XIX, 2.

[2] Tuttavia non devono comprendersi fra i danni, di cui il debitore deve rispondere, quelli che non sono se non una conseguenza lontana del dolo o della colpa di lui, e che possono avere altre cause (Codice civile, art. 1229).

[3] Pr. Inst., *de emp. et vend.*, III, 23; Ulpianus, fr. 5, § 2, *commodati*, XIII, 6 e fr. 23, *de regul. iuris*, 50, 17.

[4] Ulpianus, fr. 23, 50, 17; Paulus, fr. 27, §§ 3-4, *de pact.*, II, 14.

[5] Arndts-Serafini, *Pandette*, I, §§ 92-125, pag. 339-553; Buonamici, *Storia della procedura romana*, Pisa 1883; Keller, *La procedura civile romana*, trad. di Filomusi-Guelfi, Napoli 1872; Savigny, *Sistema del diritto romano*, vol. V, § 204 e seg., vol. VI, § 256 e seg.; Scialoja, *Lezioni*, redatte dai dottori C. Mapei ed E. Nannini, Roma 1894.

atti che il diritto stesso autorizza. L'esercizio di un diritto è permesso anche se è di danno ad altri e di nessun vantaggio a chi lo ha: *qui iure suo utitur nemini facit iniuriam* [1]. Se invece alcuno si appropria indebitamente l'esercizio di un diritto, o pregiudica a quello di un altro, si ha una violazione del diritto, contro cui questi dev'essere protetto.

La legge, infatti, attribuendoci dei diritti, non ci concederebbe che dei vantaggi precari ed illusori, se nello stesso tempo non ci fornisse i mezzi necessari per conservarli e per difenderli. La via regolare per difendere i nostri diritti lesi o contestati è la via giuridica, cioè l'invocazione dell'autorità giudiziaria per ottenere la restituzione di ciò che ci venne tolto, o la riparazione del danno che ci fu causato, o le debite garanzie contro danni futuri che ci minacciano. Ma nello stesso tempo che la pubblica autorità viene in soccorso di chi è leso nei suoi diritti, deve essere proibito ai privati di farsi giustizia da sè ricorrendo a vie di fatto [2]. E questo è appunto il principio posto dal diritto romano e confermato dalle leggi moderne [3]. Le vie di fatto sono proibite in varie maniere. E prescindendo dalle pene criminali pronunciate dalla legge *Julia de vi publica et privata* e dalle leggi penali, di cui non abbiamo ad occuparci nel presente corso di istituzioni civili, e limitandoci all'esposizioni delle pene private osserveremo che un decreto di Marco Aurelio dichiara decaduto dal suo diritto quel creditore, che, per pagarsi, si mette arbitrariamente in possesso delle cose appartenenti al suo debitore [4]: la quale decisione di Marco Aurelio ricevette poscia una

---

[1] GAIUS, fr. 55, *de R. I.*, 50, 17; PAULUS, fr. 151, *cod.*; ULPIANUS, fr. 9, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2 e fr. 26, *de damno infecto*, XXXIX, 2; POMPONIUS, fr. 2, *de aqua*, XXXIX, 3.

[2] Ciò è ad intendersi nel senso che nessuno può procurarsi direttamente da sè uno stato di cose corrispondente al suo diritto.

[3] PAULUS, fr. 176. pr. *de reg. iuris*, 50, 17: « *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi* ». Const. 9, Cod., *de obl. et act.*, IV, 10.

[4] CALLISTRATUS, fr. 13. *quod metus causa*, IV, 2 e fr. 7, *ad legem Juliam de vi priv.*, XLVIII, 7.

applicazione generale [1]. Un rescritto degli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio estese il principio del decreto di Marco Aurelio anche ai diritti reali, disponendo che chi si mette arbitrariamente nel possesso di una cosa posseduta da altri, perde il suo diritto sulla cosa a favore dell'altro, e, se non aveva diritto alcuno sulla cosa, deve restituirla e per di più pagarne il valore [2].

Del resto se la legge punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, essa permette però di regola che ciascuno difenda da sè lo stato di cose esistente di fronte agli attacchi ingiusti dei terzi (*vim vi repellere licet*), purchè la difesa resti nei giusti limiti (*moderamen inculpatae tutelae*) [3].

In certi casi si ha il diritto di ritenzione [4]: in virtù del quale possiamo ritenere la cosa altrui, o la cosa nostra che siamo obbligati di trasmettere ad altri, fino a che siamo stati soddisfatti di certi nostri crediti contro il proprietario o il creditore della medesima: per esempio, per spese necessarie o utili, o per un danno che ci ha cagionato la cosa. Tuttavia, perchè abbia luogo il diritto di ritenzione, si richiede che vi sia connessità fra il nostro

[1] ULPIANUS, fr. 12, § 2, *quod metus causa*, IV, 2; CALLISTRATUS, fr. 13, *eodem*. Novella LII, cap. 1 e Nov. CXXXIV, cap. 7.

[2] Const., 7, *unde vi*, VIII, 4. Queste disposizioni non sono state accolte dal Codice civile, ma il Codice penale punisce con la multa fino a lire cinquecento chiunque, al solo fine di esercitare un preteso diritto, nei casi in cui potrebbe ricorrere all'autorità, si fa ragione da sè medesimo, usando violenza sulle cose. Se poi il colpevole faccia uso di minaccia o di violenza contro le persone, ancorchè non usi violenza sulle cose, è punito colla detenzione sino ad un anno, o col confino sino a due anni, e con la multa sino a lire mille. Se la violenza sia commessa con armi, e sia accompagnata da lesione personale, la detenzione non può essere inferiore ad un mese, nè il confino a tre mesi, nè la multa a lire trecento (art. 235 C. P.).

[3] ULPIANUS, fr. 1, § 27, *de vi*, XLIII, 16: *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur*. PAULUS, fr. 15, § 4, *ad leg. Aquil.*, IX, 2: *vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*. Cfr. Const. 1, *unde vi*, VIII, 4. Vedi anche l'art. 49 del Codice penale.

[4] Vedi RAMPONI, *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, due vol., Firenze 1908, e su di esso COVIELLO L. in *Archivio giuridico*, LX (nuova serie, I), 367.

credito e la cosa che vogliamo ritenere, e che il nostro potere su quella cosa non sia incominciato in modo ingiusto [1].

Prescindendo dalle accennate eccezioni resta fermo il principio che chi vuól far valere i suoi diritti contro le lesioni o contestazioni altrui deve rivolgersi all'autorità giudiziaria dello Stato, la quale deciderà dell'esistenza del diritto contestato, e provvederà per l'esecuzione delle proprie sentenze. Questo è per l'appunto il còmpito dell'amministrazione della giustizia civile, ma perchè l'autorità giudiziaria intervenga nelle contese dei privati, è necessario proporre la propria domanda davanti l'autorità competente, la quale, di regola, non può statuire se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, affinchè questa possa opporre le sue eccezioni, e da ultimo viene pronunciata la sentenza. L'esposizione di tutto questo procedimento forma l'oggetto di apposito insegnamento; ma siccome la contestabilità dei diritti e la possibilità di dover ricorrere all'autorità giudiziaria per farli valere, e il processo civile che ne risulta, hanno grandissima influenza sui diritti stessi, così la teoria del procedimento entra in qualche maniera nella trattazione del diritto civile. D'altro canto, siccome è impossibile intendere il diritto civile romano senza la conoscenza delle parti principali della procedura, è necessario che se ne espongano almeno le notizie più indispensabili.

§ 33.

Cenni preliminari sul processo civile romano.

Il tratto più saliente e più caratteristico dell'organizzazione e dell'andamento della procedura civile dei Romani, dai primi tempi sino a Diocleziano, è la divisione delle funzioni giudiziarie fra il magistrato e il giudice. Per tal modo il processo si divideva

[1] PAULUS, fr. 14 § 1. *comm. div.*, X, 3; POMPONIUS, fr. 8, pr. *de pign. act.*, XIII, 7. Non occorre però che il nostro credito sia liquido. Il fondamento dell'istituto della ritenzione è la *bona fides*; il mezzo all'uopo è l'*exceptio doli*.

in due stadii distinti e separati, l'uno davanti al magistrato (*in iure*) e l'altro davanti al giudice (*in iudicio*).

Il magistrato *ius dicit*, cioè determina anticipatamente le conseguenze giuridiche dei fatti allegati dalle parti contendenti; il giudice *iudicat*, cioè verifica i fatti addotti dalle parti, applica ai medesimi i principii indicati dal magistrato, e mette fine al litigio mediante sentenza. Il magistrato istruisce la causa e fissa i termini della controversia ed il giudice la risolve.

L'ufficio del giusdicente, ossia la giurisdizione, apparteneva in modo particolare ai magistrati maggiori, cioè in Roma ai pretori, in Italia ai consolari e iuridici, e nelle provincie ai proconsoli e ai presidi. Essi potevano scegliersi un *consilium* o degli *assessores*.

L'ufficio di giudice spettava a un tribunale permanente, come quello dei decemviri e dei centumviri o ad un collegio di giudici privati, o anche a singoli giudici privati nominati in ogni singolo caso dal magistrato giusdicente. Durante l'età imperiale, il tribunale dei centumviri non figurava che in casi eccezionali, e specialmente in alcune cause di eredità: di regola, se le parti non si accordavano nel chiedere la nomina di un giudice, questo veniva scelto nell'*album iudicum selectorum*. In alcuni casi, che interessavano l'ordine pubblico e in cui il magistrato faceva piuttosto atto d'impero che di giurisdizione, fungevano da giudici i *recuperatores* [1].

Nelle cause in cui il giudice aveva una certa latitudine nel giudicare, come, per esempio, nei giudizi di buona fede, esso si designava più propriamente col nome di arbitro.

La procedura divisa nei due stadii di *ius* e *iudicium* porta il nome di *ordo iudiciorum privatorum*, contrapponendosi all'*ordo iudiciorum publicorum*; il *iudicium* è pubblico o privato, non secondo il carattere di chi giudica, ma secondo la materia. Quella separazione di *ius* e *iudicium* era la regola; vi erano però dei casi eccezionali in cui il magistrato, invece di nominare un giudice, esaminava e decideva egli medesimo, *extra ordinem*, d'onde

[1] PADELLETTI, *I giudici nel proc. civ. rom.*, nell'*Archivio giuridico*. XV, 523-560.

il nome di *iudicium extraordinarium*, o di *extraordinaria cognitio*. Ai tempi di Diocleziano l'*ordo iudiciorum privatorum* scomparve, e tutti i giudizi diventarono straordinari nel senso ora indicato.

Noi tratteremo innanzi tutto del procedimento ordinario anteriore a Diocleziano (*ordo iudiciorum privatorum*), e da ultimo indicheremo le modificazioni principali introdotte da Diocleziano e dai suoi successori. Nell'esposizione dell'*ordo iudiciorum privatorum* è da avvertire, che mentre il procedimento *in iudicio* non subì cambiamenti sostanziali dai tempi delle XII Tavole fino a Diocleziano, nel processo *in iure* invece avvenne negli ultimi tempi della repubblica una radicale modificazione, ed è perciò che, premesse le nozioni generali sul modo di procedere davanti al magistrato (*in iure*), tratteremo separatamente della procedura delle *legis actiones* e di quella *per formulas*.

§ 34.

Del procedimento in iure nel processo ordinario.

Il procedimento *in iure* non aveva altro scopo che la *ordinatio iudicii*, cioè la preparazione del giudizio, per lasciar poi l'esame e la decisione della causa al giudice. Le parti dovevano comparire in persona davanti al magistrato giusdicente ed esporre oralmente le loro ragioni. Toccava naturalmente all'attore di far comparire l'avversario davanti al magistrato, e ciò chiamavasi *in ius vocatio*. La *in ius vocatio* non richiedeva il ministero di un usciere, come lo richiede l'atto di citazione della procedura odierna, ma era un atto puramente privato. L'attore cioè intimava al suo avversario di seguirlo davanti al magistrato giusdicente, e nel caso di rifiuto lo poteva costringere con la forza, mediante la *manus iniectio* [1]. Il convenuto non poteva sottrarsi alla immediata comparizione dinanzi al magistrato che presentando un'idonea persona che ne assumesse la garanzia (*vindex*).

Appena arrivati davanti al magistrato, l'attore doveva esporre la sua domanda (*edere actionem*). Il convenuto poteva chiedere

[1] Legge delle XII tavole, tav. I (BRUNS, *Fontes*, 7ª ediz., pag. 17-18). Più tardi il pretore sostituì alla *manus iniectio* una multa pecuniaria.

una proroga per dare la sua risposta, la quale gli veniva accordata dietro formale promessa, garantita da fideiussori (*vades*) di comparire nel giorno stabilito dal magistrato: la quale promessa chiamavasi *vadimonium* [1]. Alla *in ius vocatio* fu progressivamente surrogata la *litis denuntiatio*, cioè una formale notificazione della domanda per parte dell'attore al convenuto innanzi a testimoni.

Il procedimento *in iure* doveva condurre alla costituzione del giudizio, cioè a dire, presentare una base sufficiente per l'ulteriore esame della causa. A tale scopo era necessario che la domanda dell'attore e le possibili difese del convenuto venissero ridotte ad una determinata forma esterna che servisse poi di guida al giudice nell'ulteriore esame della causa e nella decisione della lite. Questa forma esterna fu diversa nel periodo delle *legis actiones* e in quello della procedura *per formulas*.

§ 35.

Delle legis actionis.

Legis actio è quel procedimento solenne tra due litiganti, che ha luogo davanti ad un magistrato giusdicente, e per mezzo del quale, facendo uso di parole solenni ed anche di gesti simbolici, in presenza di testimoni, si prepara il giudizio che dovrà ricevere l'ulteriore suo svolgimento davanti al giudice.

Le *legis actiones* procedevano con tale solennità di forme e con una precisione sì rigorosa che la minima inesattezza portava seco la perdita del processo [2].

Le *legis actiones* erano in numero di cinque, ma tre soltanto riguardavano la procedura di cognizione, cioè la *legis actio sa-*

---

[1] Gai., *Inst.*, IV, §§ 183-187.

[2] Gaius, IV, 11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur: unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.* Cfr. Gai., IV, 30.

cramento, la *iudicis postulatio*, e la *condictio*; le altre due, cioè, la *manus iniectio* e la *pignoris capio*, appartenevano alla procedura di esecuzione.

LEGIS ACTIO SACRAMENTO. — *Sacramentum* dicevasi la somma di danaro che i litiganti dovevano deporre nelle mani del pontefice (*in sacro deponebant*), colla determinazione che la somma del soccombente dovesse andare a profitto del tesoro pubblico. Più tardi si sostituì al deposito effettivo della somma la semplice promessa fatta al magistrato giusdicente e garantita da fideiussori (*praedes*). La *legis actio sacramento* aveva essenzialmente la forma e il carattere di una scommessa; cioè a dire i litiganti si obbligavano con lo scambio di parole solenni e sacramentali a perdere a favore dell'erario la somma, da essi depositata o promessa, qualora le rispettive loro asserzioni non fossero vere. A tale scopo, le parti che volevano agire *per sacramentum* dovevano esporre al magistrato, con parole chiare, precise e solenni, le loro pretese e provocarsi a vicenda al deposito o alla promessa del *sacramentum* (*provocatio sacramento*)[1]. Dopo questa reciproca provocazione le parti s'impegnavano vicendevolmente di presentarsi di lì a trenta giorni davanti al magistrato *ad iudicem capiendum*, cioè per ricevere il giudice incaricato di decidere quale dei due avesse fatto un deposito giusto ed avesse quindi a guadagnare la lite (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*). Nominato il giudice, le parti s'intimavano di comparire il terzo giorno davanti al medesimo (*comperendinum diem denuntiabant*). E qui terminava il procedimento davanti al magistrato (*in iure*), e subentrava il secondo stadio, cioè il procedimento davanti al giudice (*in iudicio*). Questo procedimento incominciava con una succinta esposizione che le parti dovevano fare al giudice di quanto era avvenuto davanti al magi-

[1] Ecco un esempio. Aulo Agerio sostiene di essere creditore di diecimila assi verso Numerio Negidio, e questi nega. Il primo si rivolge all'altro con queste parole: AIO TE MIHI DECEM MILLIA AERIS DARE OPORTERE. Se questi risponde di nulla dovere, Aulo Agerio dirà: QUANDO NEGAS, TE SACRAMENTO QUINGENARIO PROVOCO, e Numerio Negidio risponderà alla sua volta: QUANDO AIS NEQUE NEGAS TE SACRAMENTO QUINGENARIO PROVOCO (vedi GAI., *Inst.*, IV, 13 e seguenti).

strato (*brevis causae cognitio*), affinchè il giudice sapesse quale era veramente il punto della questione; poi seguivano le dispute ossia i dibattimenti, ed infine la sentenza, con cui il giudice giudicava quale dei due litiganti avesse guadagnato la scommessa (*sacramentum iustum*). Ma per decidere chi avesse guadagnato la scommessa, era necessario sapere chi avesse ragione e chi avesse torto; perciò la sentenza decideva indirettamente e implicitamente dell'esistenza o non esistenza del diritto accampato dall'attore. Per ottenere la condanna del soccombente (*iudicatus*) si richiedeva un ulteriore procedimento.

La *legis actio sacramento* era la forma generale per far valere in giudizio i proprii diritti, e si applicava a tutti i casi pei quali non erasi introdotta una *legis actio* speciale, cioè tanto nelle questioni di proprietà, come nelle questioni di stato e nelle azioni personali. Nelle questioni di proprietà, il magistrato, prima che la causa passasse al giudice, ordinava quale dei due litiganti dovesse, pendente il giudizio, avere il possesso provvisorio della cosa (*vindicias dicebat*). Per tal modo veniva determinato chi dei due dovesse sostenere la parte di attore, e chi quella di convenuto.

LEGIS ACTIO PER IUDICIS ARBITRIVE POSTULATIONEM. — Questa *legis actio* formava, per così dire, il supplemento della procedura per *sacramentum*. Fra *iudicis postulatio* e *sacramentum* passa, a un dipresso, la relazione che passa fra *arbitria* e *iudicia*. In altri termini il *sacramentum* si applicava alla contestazioni, l'oggetto delle quali era completamente determinato, di maniera che la decisione del giudice si riduceva a un *sì* o un *no;* la *postulatio iudicis vel arbitri* invece si applicava alle controversie complicate, la decisione delle quali richiedeva una certa latitudine di giudizio. Le parti, invece di essere rinviate davanti al tribunale dei centumviri, ottenevano un arbitro che aveva un potere di apprezzamento molto più esteso, e che procedeva più secondo i principii dell'equità che del rigoroso diritto [1].

---

[1] La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* si limitava alle azioni personali. Sulla forma di questa *legis actio* nulla sappiamo, perchè la rela-

LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM. — Questa è la più recente della *legis actionis* e fu introdotta dalla legge Silia pei crediti di una somma certa e determinata, ed estesa poi dalla legge Calpurnia a tutte le azioni personali *de omni certa re*. Il nome di *condictio* deriva da *condicere*, cioè dell'intimazione che l'attore faceva senz'altro al convenuto di comparire nel termine di trenta giorni davanti al magistrato *ad iudicem capiendum* [1]. Il termine di *condictio* fu in seguito impiegato per designare ogni azione personale di stretto diritto. La procedura *per condictionem* era più sommaria delle precedenti, come richiedeva appunto la natura stessa della causa, e concorreva elettivamente con la *legis actio sacramento in personam*. E difatti trattandosi di crediti di una somma determinata di danaro o di altra cosa precisa, era conveniente che la legge accordasse mezzi più solleciti e meno complicati per far valere i proprii diritti, il che si ottenne col permettere all'attore di citare senz'altro l'avversario a comparire davanti al magistrato *ad iudicem capiendum trigesima die*, risparmiandogli tutte le altre formalità richieste dalla *legis actio sacramento* [2].

Le accennate *legis actiones* appartenevano tutte e tre alla procedura di cognizione. Ci resterebbe ora ad esaminare le altre due, che appartenevano alla procedura di esecuzione, cioè la *manus iniectio* e la *pignoris capio*. La prima era un modo legale di esecuzione sulla persona, la seconda un modo di esecuzione sui beni del debitore [3]. Ne tratteremo più sotto, al § 43.

---

tiva esposizione di GAIO (IV, § 17 e seg.), è andata perduta. Si crede che del suo rituale sieno conservate due formule nelle note di Valerio Probo (nota 4). T. P. R. I. A. V. P. U. D. (« TE PRAETOR IUDICEM ARBITRUMVE POSTULO UTI DES »), e Q. I. I. T. C. P. A. F. A. (« QUANDO IN IURE TE CONSPICIO, POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR »).

[1] GAI., *Inst.*, IV, 18: *Condicere autem denuntiare est prisca lingua. Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die* XXX *adesset* ».

[2] Id., *Inst.*, IV, 18-20. Al posto della *provocatio sacramento* viene la *sponsio tertiae partis*, che cadde poi per le *condictiones ex lege Calpurnia*.

[3] Id., *Inst.*, IV, 21.

§ 36.

Procedura formulare (per formulas).

NOZIONI PRELIMINARI. — L'estrema sottigliezza delle *legis actiones*, il loro eccessivo formalismo, nonchè i pericoli, a cui esse esponevano le parti contendenti, le avevano rese universalmente odiose: per la qual cosa la legge Ebuzia e le due leggi Giulie le abolirono, ed introdussero in vece loro il processo *per formulas* [1]. Questo nuovo sistema di procedura ebbe una lunga durata, cioè per tutta l'età gloriosa della romana giurisprudenza, da Cicerone sino a Diocleziano. Tutte le opere dei giureconsulti classici stanno in tale relazione con quel procedimento, che senza la esatta conoscenza di questo riesce affatto impossibile lo studio e l'intelligenza di quelle: chi non ha un'idea chiara e netta della procedura formulare non può assolutamente comprendere i testi più importanti della Pandette.

Il nome di procedura formulare deriva dalla *formula* che il magistrato giusdicente redigeva dopo l'esposizione e la domanda delle parti, affinchè servisse di guida e d'istruzione pel giudice incaricato dell'esame e della decisione della controversia. E questa è la prima differenza che passava fra il processo *per formulas* e quello delle *legis actiones*. Un'altra differenza della nuova procedura consisteva in ciò che le parti contendenti, invece di compiere certi atti solenni e simbolici e pronunciare certe parole tipiche e sacramentali, esponevano in quel linguaggio che credessero più opportuno le loro domande e le loro ragioni al magistrato, il quale poi accordava o ricusava la formula, secondochè, supposte vere le allegazioni dell'attore, ne poteva o no risultare la condanna del convenuto. Ecco l'esempio testuale di una formula. Aulo Agerio vende a Numerio Negidio uno schiavo al prezzo di dieci mila sesterzi. Non volendo N. Negidio pagare il prezzo di compra, A. Agerio cita N. Negidio dinanzi al pretore a cui espone la sua domanda. Il pretore, sentite le ragioni di Agerio e le eccezioni di Negidio, li rinvia al giudice Lucio Tizio

[1] GAI., *Inst.*, IV, 30.

colla seguente formula: « Lucio Tizio, tu sarai giudice. Posto che Numerio Negidio comprò da Aulo Agerio uno schiavo, in tutto quello che parrà dovere dare o fare in seguito a tale contratto Numerio Negidio ad Aulo Agerio, giusta la buona fede, condanna Numerio Negidio a favore di Aulo Agerio; che se nulla ti parrà dovere Numerio Negidio, assolvilo » [1]. Come si vede, la formula è un giudizio ipotetico, col quale il pretore determina la questione che dovrà decidersi dal giudice a cui egli conferisce la facoltà di condannare o di assolvere, secondochè gli sembri, dopo accurato esame delle circostanze, che detta questione debba risolversi in senso affermativo o negativo.

È stato ragionevolmente osservato che il pretore per mezzo della formula è, per così dire, l'arbitro dell'intiero processo, che così viene a cadere sotto la signoria dell'editto. D'allora in poi il diritto civile vale nel procedimento solo in quanto l'editto pretorio ne consente l'applicazione; ed il giudice da organo del diritto civile viene trasformato in un organo del diritto pretorio.

PARTI COSTITUTIVE DELLA FORMULA. — Per semplice che sia la controversia, la domanda dell'attore dovrà necessariamente contenere: 1° la questione da decidere (alla quale potrà o no precedere l'esposizione del caso che alla questione dà origine) e 2° le conclusioni dell'attore. Così anche le formule del magistrato giusdicente constavano, oltrechè della *iudicis datio*, di almeno due parti, cioè dell'*intentio* e della *condemnatio*.

Alla *intentio* in varii casi, in cui essa non è per sè bastantemente determinata, precede l'esposizione del fatto donde l'attore fa scaturire la sua pretesa: essa è la *demonstratio* [2].

---

[1] GAI., *Inst.*, IV. 40-43: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, TANTI IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVITO. — *Aulo Agerio* e *Numerio Negidio* sono i nomi schematici usati nella formula in luogo di *attore* e *convenuto*; il primo è tratto da *agere*, l'altro da *negare*.

[2] GAI., *Inst.*, IV. 40: *Demonstratio est ea pars formulae, quae ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur: velut haec pars formulae*: QUOD A. AGERIUS N. NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT; *item haec* QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.

L' *intentio* è quella parte della formula nella quale il magistrato riproduce la domanda dell' attore [1].

La *condemnatio* è quella parte della formula con cui il magistrato conferisce al giudice nominato la facoltà di condannare o di assolvere, secondo che la domanda dell'attore è fondata o no [2].

Nelle azioni divisorie si riscontra una quarta parte della formula, cioè l' *adiudicatio*. L' aggiudicazione è quella parte della formula con cui il magistrato dà facoltà al giudice di attribuire alle parti diritti reali di diversa natura e di imporre limiti alla proprietà loro attribuita [3].

Nel *praeiudicium* non c' è l' affermazione di una pretesa giuridica: qui si vuol far pronunciare il giudice intorno a un determinato quesito. La formula quindi (oltre naturalmente la *iudicis datio*) non contiene che l' *intentio* [4].

§ 37.

Varie specie di formule o d' azioni.

Formula in ius concepta; formula in factum concepta. — La formula è concepita *in ius*, quando la domanda dell' attore è fondata sul diritto civile, o, come dice Gaio, quando l' *intentio* della formula è *iuris civilis*, per esempio: SI PARET REM AULI

---

[1] GAI., *Inst.*, IV, 41: *Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit: velut haec pars formulae* SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE; *item haec* QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE; *item haec* SI PARET HOMINEM EX IURE QUIRITIUM A. AGERII ESSE. — Sull' esistenza di formule senza *intentio* cfr. AUDIBERT in *Mélanges*, P. F. Girard (1912, vol. 1°, pag. 1-26).

[2] GAI., *Inst.*, IV, 43: *Condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur: velut haec pars formulae:* IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET ABSOLVE.

[3] GAI., *Inst.*, IV, 42: *Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: velut si inter coheredes familiae herciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est* QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX TITIO ADIUDICATO. Vedi il § 65 ed il § 152.

[4] P. es.: PARETNE OCTAVIUM TITII LIBERTUM ESSE? Cfr. TEOFILO, IV, 6, 13. Cfr. FERRINI, *Note critiche a Teofilo*.

AGERII ESSE EX IURE QUIRITIUM [1]. La formula è concepita *in factum*, quando la domanda non è fondata sul diritto civile, sebbene considerata dal pretore degna di tutela: qui non si parla di *dare oportere*, ma si limita l'attore ad esporre il fatto, verificato il quale, il giudice è autorizzato a condannare il convenuto, in base appunto a quel fatto. Per tal modo la formula *in factum concepta* non conteneva alcuna *intentio* esplicita ed espressa, ma soltanto una domanda diretta, implicitamente contenuta nell'esposizione del fatto [2]: in breve, la *intentio* si trovava confusa con la *demonstratio*, ed il giudice non era chiamato a decidere una questione di diritto, ma semplicemente a ricercare la verità dei fatti allegati dall'attore, e decidere di conseguenza. Per esempio: se un figlio di famiglia avesse depositato un oggetto, e ne domandasse la restituzione, il pretore non avrebbe potuto accordargli una formula coll'*intentio iuris civilis* (poichè i figli di famiglia nulla possedevano in proprio e non potevano quindi intentare un'azione con una formula concepita *in ius*), ma semplicemente una formula colla *intentio in factum concepta*.

Il pretore poteva anche far riconoscere rapporti giuridici fondati sul diritto pretorio, anzichè sul diritto civile, mediante *formulae ficticiae*. In esse o si supponeva come esistente un fatto, la cui esistenza era necessaria per l'azione civile su cui si modellava l'azione pretoria, o si fingeva come non esistente un fatto che sarebbe stato di ostacolo all'azione civile che serviva di modello all'azione pretoria. Tale, per esempio, era la formula nell'azione publiciana [3]. Così pure per rendere applica-

---

[1] GAI., *Inst.*, IV, 46: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus* NOSTRUM ESSE ALIQUID EX IURE QUIRITIUM, *aut* NOBIS DARI OPORTERE, *aut* PRO FURE DAMNUM DECIDI OPORTERE; *in quibus iuris civilis intentio est.*

[2] GAI., *Inst.*, IV, 46: *Ceteras vero in factum concepta vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiiciuntur ea verba per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula qua utitur patronus contra libertum qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit.* etc.

[3] Vedi più innanzi, il § 77.

bile la formula a favore o danno dei peregrini il pretore fingeva che il peregrino fosse cittadino romano [1].

Formula in persona; formula in rem. — Questa distinzione si fonda sulla divisione delle azioni in personali e reali. L'azione personale è quella che un creditore intenta contro il suo debitore per conseguire il suo credito. Essa non può sperimentarsi che contro quella determinata persona che è obbligata, sia in forza di contratto, sia in forza di quasi contratto, sia per causa di delitto o quasi delitto, sia per disposizione immediata di legge. L'azione reale invece è quell'azione fondata sopra un diritto reale, con cui si domanda il riconoscimento di tale diritto contro chiunque si oppone al medesimo, e solo in via di conseguenza la condanna di lui. Essa non compete soltanto contro una determinata persona, ma in genere contro tutti coloro che abbiano a ledere il nostro diritto. Le azioni reali sono accordate a garanzia del diritto di proprietà e dei diritti reali frazionari, quali sono le servitù, l'enfiteusi, la superficie e il diritto reale di pegno o d'ipoteca.

In un senso più esteso l'espressione *actio in rem* comprende tutte le azioni impersonali, come, per esempio, la *hereditatis petitio (actio in rem universalis)* e le azioni risultanti da rapporti di famiglia. Sotto questo aspetto si può dire che sono *in rem*, anche le azioni pregiudiziali [2].

Ora secondochè l'azione è *in personam* o *in rem*, anche l'*intentio*, della formula è concepita *in personam* o *in rem*. E difatti

---

[1] GAI., *Inst.*, IV, 32-38.

[2] Vedi il § 41. Vi sono pure azioni personali, le quali hanno attinenza colle reali in ciò, che non sono neppur esse esperibili contro una persona soltanto, ma si possono, al pari delle *actiones in rem*, far valere contro chiunque partecipi ad un dato rapporto (supponi di possesso), onde gli deriva la obbligazione su cui si fonda l'azione. Così, per es., l'*actio quod metus causa* (§ 24), può essere esercitata non solo contro l'autore della violenza, ma contro chiunque ne abbia risentito vantaggio. Lo stesso dicasi dell'*actio ad exhibendum* (§ 150), che si può promuovere contro chiunque detenga la cosa di cui si chiede l'esibizione. Tali azioni personali, che per eccezione si possono esercitare contro terze persone, sono dette *actiones in rem scriptae* (ULPIANUS, fr. 9, § 8, *quod met. causa*, IV, 2; fr. 3, 15, *ad exhib.*, 10). Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 97, nota 6).

nelle azioni personali l'*intentio* deve contenere l'espressa indicazione della persona del convenuto, per esempio: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CENTUM DARE OPORTERE. Nelle azioni reali invece l'*intentio* è senz'altro diretta alla cosa, senza bisogno di nominare il convenuto, per esempio: SI PARET HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE [1].

Formula certa, formula incerta. — Dicesi *certa* la formula quando nell'*intentio* è indicato un oggetto determinato e preciso, cioè o una cosa individualmente determinata o una precisa somma di danaro, per esempio: il fondo Corneliano, mille sesterzi; essa è *incerta*, quando l'*intentio* non determina l'oggetto con quella precisione, ma lascia una certa latitudine al giudice di stabilire la quantità della somma a cui dovrà essere condannato il convenuto, per esempio: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET.

S'intende da sè che le formule concepite in *rem* erano tutte *certae*, e che le *formulae incertae* non potevano verificarsi che nelle azioni personali. Ma anche queste potevano essere *certae*, quando la obbligazione importava il pagamento di una somma determinata o la prestazione di un oggetto determinato.

Formulae vulgares, formulae concessae causa cognita. — Le formule volgari erano quelle anticipatamente proposte nell'editto, perchè si riferivano a rapporti giuridici usuali e conosciuti già da qualche tempo, come, per esempio, quando si trattava di azioni risultanti da una compra-vendita o da altro contratto nominato. In siffatti casi il pretore aveva il suo formulario già preparato e non aveva che ad adattarlo al caso concreto, inserendovi i nomi delle parti e indicando l'oggetto. Le formule concesse *causa cognita* invece erano quelle che venivano di volta in volta, in seguito a esame delle circostanze, date dal magistrato sia con concezione affatto nuova, sia mediante adattamento di formule preesistenti.

Secondochè la formula era *in personam* o *in rem*, *in ius*, o

[1] L'eccezione esiste per l'*actio negatoria* nella quale si nomina la persona del convenuto, sebbene quell'azione sia un'azione reale.

in factum concepta, *vulgaris* o no, *certa* o *incerta*, anche le azioni chiamavansi personali o reali, concepite in gius o in fatto, volgari o no, certe o incerte.

Oltre a queste azioni, meritano di essere specialmente ricordate le azioni di buona fede e di stretto diritto, le dirette, utili e *in factum*, le azioni arbitrarie, le azioni civili e onorarie, le azioni pregiudiziali, le azioni semplici e duplici, le azioni private e popolari, le azioni *rei persecutoriae*, penali e miste.

Actiones bonae fidei, *stricti iuris*. — Questa divisione non riguarda che quelle azioni personali, con una formula concepita *in ius*, che derivano da contratti o da rapporti analoghi. Esse dicevansi azioni di buona fede, quando l'*intentio* della formula conteneva l'aggiunta *ex fide bona* o altra consimile [1]; onde il giudice era autorizzato a determinare *ex aequo et bono quantum actori praestari debeat*; dicevansi invece di stretto diritto, quando l'*intentio* era diretta puramente e semplicemente ad un *dare* o *dare facere oportere* senza questa aggiunta. Nel primo caso il giudice era tenuto, nell'esame del fatto, a por mente non solo ai particolari nominatamente e specialmente indicati nella formula, ma eziandio a quelli che egli avrebbe scoperti nella disamina della questione e reputati atti a dare tutt'altro aspetto al fatto controverso. Specialmente gli era imposto il dovere, prima di condannare il convenuto, di ponderare, secondo giustizia ed equità, le scambievoli pretese dei contendenti derivanti dallo stesso negozio, considerate qui come inseparabili, compensare le une con le altre, e pareggiare in modo le partite da ridurre o anche assorbire tutta la quantità della prestazione primitiva. Nel secondo caso invece, cioè nelle azioni di stretto diritto, il giudice doveva attenersi strettamente al tenore della formula, e decidere con un semplice *sì* o *no*. Supposto, per esempio, che Aulo Augerio fosse creditore di novantanove sesterzi verso Numerio Negidio, ed avesse fatta la domanda di cento, l'assoluzione o la condanna del debitore sarebbe dipesa dalla natura

[1] Così per l'*actio fiduciae* « UT INTER BONOS BENE AGERE OPORTET ET SINE FRAUDATIONE », e per l'*actio rei uxoriae* « QUANTUM AEQUIUS MELIUS EST ». Vedi LENEL, *Das Edictum perpetuum*, pag. 233.

della formula. Se l'*intentio* della formula era diretta ad un semplice *dare oportere* (SI PARET N^m N^m A^o A^o CENTUM DARE OPORTERE) il giudice avrebbe dovuto pronunciare l'assoluzione di Numerio, poichè questi non era debitore di cento, ma semplicemente di novantanove. Se, al contrario, l'*intentio* della formula era concepita in termini più liberi, come, per esempio: QUIDQUID N^m N^m A^o A^o DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, il giudice avrebbe condannato il convenuto a pagare, invece dei cento sesterzi che erano stati chiesti dall'attore, la quantità effettivamente dovuta, cioè sesterzi novantanove [1]. Alle azioni di buona fede appartengono quelle risultanti dai contratti di compravendita, di locazione e conduzione, di mandato e gestione di affari altrui senza mandato, di deposito, di comodato, di società, ecc. Alle azioni di stretto diritto appartiene in modo speciale quella risultante dal contratto di mutuo *(condictio mutui)*. Le azioni di stretto diritto si conoscono più propriamente sotto il nome di *condictiones* [2], il qual nome deriva dalla circostanza che anticamente la forma di procedere in quelle azioni era la *legis actio per condictionem*.

Azioni dirette, utili e in factum. — Le azioni dirette sono quelle limitate ai casi pei quali appunto erano state introdotte; le azioni utili invece sono quelle applicate ai casi analoghi. Eccone un esempio: la legge Aquilia dà facoltà al proprietario di una cosa, che è stata ingiustamente danneggiata, di chiedere il risarcimento del danno mediante l'*actio legis Aquiliae*. Questa è un'azione diretta. Essa venne per analogia estesa a favore dell'usufruttuario, il quale può chiedere il risarcimento del danno ingiustamente recato alla cosa, di cui ha l'usufrutto, mediante l'*actio legis Aquiliae utilis*. L'uso delle azioni utili è conforme all'indole dei Romani, i quali non erano inclinati alle riforme radicali delle loro leggi, ma si limitavano ad estendere per analogia le istituzioni esistenti, a misura che i bisogni dei tempi nuovi facevano scoprire delle lacune nella vecchia legislazione. A tale scopo i pretori si servivano talvolta di finzioni che inse-

[1] GAI., IV, 61-63. Cfr. CICER., *Pro Roscio Com.*, 4.

[2] Cfr. BARON, *Condiktionen* e SCIALOIA, *Procedura Romana* (1894).

rivano nella formula e con le quali autorizzavano il giudice ad applicare una data disposizione di legge, benchè nel caso concreto mancasse qualche requisito, dandogli facoltà di giudicare come se il detto requisito effettivamente esistesse. Così, per esempio, se taluno possedeva in buona fede o con giusto titolo una cosa, ma non ne era diventato proprietario per usucapione, perchè non era peranco decorso tutto il tempo dalla legge prescritto, e poi perdeva il possesso di quella cosa, egli non avrebbe avuto un' azione reale contro il terzo possessore. Il pretore Publicio introdusse per questo caso l' azione publiciana, che è un' *actio in rem utilis*, analoga a quella che ha il proprietario, e fondata sulla finzione dell' usucapione già compita. Siffatte azioni utili, fondate sopra una finzione, si conoscono anche sotto il nome di *actiones ficticiae* [1]. Altre azioni utili si ottenevano collo scambio dei soggetti entro la formula, ecc.

Nelle azioni utili la *intentio* rimaneva dunque di diritto civile *(dare oportere, ex iure Quiritium esse)*. Quando non era possibile coi soliti espedienti delle azioni utili adattare tale *intentio* in un caso che pur meritava d' essere giuridicamente protetto, si creavano addirittura azioni nuove, che si chiamavano *in factum*, per indicare appunto che erano fondate, non sopra una regola dell' *ius civile*, ma sull' equità risultante dall' insieme dei fatti [2]. In senso lato l' *actio utilis* comprende anche quella *in factum*.

Actiones arbitrariae. – Bisogna guardarsi dal confondere questa specie di azioni con quelle di buona fede. Una certa analogia si rivela nel fatto che anch' esse accordavano moltissimo al prudente arbitrio del giudice: anche in esse « *permittitur iudici « ex bono et aequo, secundum cuiusque rei, de qua actum est, na- « turam aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat* ». Esse hanno però in primo luogo un' estensione molto più vasta, inquantochè non si limitano, come le *actiones bonae fidei*, alle azioni

[1] Un altro esempio di azione fittizia è esposto da Gaio, IV, 34, e si riferisce al *bonorum possessor* che agisce *come se fosse erede*.

[2] Talora un' *actio in factum* veniva, alla sua volta, estesa per analogia a casi consimili, e allora s' aveva un' azione *utilis in factum*.

personali, ma comprendono, oltre quelle [1], le *actiones in rem* e tutte le azioni pretorie. La differenza caratteristica consiste poi in ciò che nelle azioni arbitrarie era dovere del giudice, prima di passare alla condanna, d'indicare al convenuto (mercè una preliminare pronunciazione, *arbitrium*) la via di sfuggire alla condanna mediante un'altra prestazione, per esempio mediante la restituzione della cosa. Il che era specialmente importante quando, come avveniva in alcune azioni, alla formale condanna tenevan dietro per legge molte conseguenze dannose pel condannato, per esempio l'infamia. Nel processo antico inoltre le azioni arbitrarie avevano una speciale importanza quando erano dirette alla restituziose di una cosa, dappoichè in forza di una massima affatto particolare dell'antica procedura romana la condanna era sempre ad una somma di danaro, e non mai alla restituzione di una cosa, il che poteva produrre gravi inconvenienti per l'attore, che per tal modo era costretto a ricevere una somma di danaro in luogo dell'oggetto reclamato. A tale inconveniente si ovviava per l'appunto col premettere alla condanna il consiglio di restituire la cosa in natura. Se il convenuto si conformava a questa ingiunzione del giudice *(arbitratus)* egli veniva assolto; in caso contrario *(nisi restituat, nisi exhibeat, nisi solvat)* si procedeva alla condanna [2], l'ammontare della quale era di regola molto superiore al valore effettivo della cosa, poichè in tal caso l'attore poteva essere ammesso a determinarlo egli stesso mediante giuramento estimatorio.

Azioni civili e onorarie. – Le azioni civili sono quelle che derivano dall'*ius civile*; le onorarie quelle che devono la loro

---

[1] Non tutte però, ma soltanto quelle che si riferiscono alla restituzione o esibizione di un oggetto od al ristabilimento di un certo stato di cose (*actio aquae pluviae arcendae, actio Fabiana, Calvisiana*, ecc). Sulle azioni arbitrarie cfr. G. MAY, *Observations sur les actions arbitraires*, in *Mélanges*, P. F. GIRARD (1912, vol. II, pag. 169).

[2] GAI., IV, 163; *Inst.*, IV, 6, § 31; CICER., *In Verr.*, II, c. 12. Nel citato luogo a torto le Istituzioni arrecano l'*actio de eo quod certo loco*. Questa dicesi *arbitraria* in tutt'altro senso: per indicare cioè che in essa il giudice può con tutta libertà esaminare quale ed a danno di chi sia la differenza economica che sorge, ove il pagamento sia da fare in un luogo e venga chiesto in un altro.

origine agli editti dei magistrati. Fra le azioni onorarie primeggiano quelle introdotte dai pretori, donde viene che le azioni onorarie si chiamano talvolta *actiones praetoriae*. Vi sono però anche azioni edilizie.

Azioni pregiudiziali. — Si chiamano *praeiudiciales* quelle azioni che non tendono ad ottenere direttamente una condanna contro un aggersario determinato, ma hanno per scopo piuttosto di far proclamare dal giudice l'esistenza d'un diritto assoluto, d'una situazione o d'un rapporto di diritto, affinchè poi l'attore possa invocare questa constatazione giudiziale allo scopo di far valere delle pretese che discendono dal diritto in tal modo riconosciuto [1],

Azioni semplici e duplici. — D'ordinario in ogni controversia v'hanno due parti, l'attore e il convenuto, ciascuno in posizione essenzialmente opposta e contraria a quella dell'altro: l'uno vuole il soddisfacimento d'un suo diritto mediante la condanna del convenuto; questi a sua volta chiede sia reietto l'attore. Allora si dice che l'azione è unilaterale o semplice *(actio simplex)*. Talvolta però tutti e due i litiganti si trovano in condizioni identiche, ciascuno sostiene la parte di attore e di convenuto a un tempo; sí l'uno che l'altro può essere condannato, di guisa che la posizione di attore è solo apparentemente diversa da quella di convenuto. In tal caso l'azione dicesi duplice. Alle azioni duplici appartengono le tre azioni divisorie *(actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum)* e gli interdetti *retinendae possessionis* [2].

Azioni private e popolari. — Le azioni private sono quelle che una persona fa valere per la conservazione e la difesa dei suoi interessi particolari; ma il diritto romano concedeva talvolta a ciascun cittadino l'intentare azione per la difesa di pubblici interessi: *actiones populares*. Di queste, alcune si promuovevano da chi voleva, come rappresentante della comunità; altre invece

---

[1] § 13, Inst., *de act.*, IV, 6: *Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo.*

[2] JULIANUS, fr. 10, *fin. reg.*, X. 1. Vedi più innanzi § 54 e 65.

pure da chi volesse, ma l'attore conseguiva a proprio vantaggio la multa o parte di essa [1].

Azioni rei persecutoriae, penali e miste. — Le azioni *rei persecutoriae* sono quelle che tendono alla riparazione di un danno sofferto dall'attore nel suo patrimonio in seguito ad una violazione nel suo diritto, di guisa che la sentenza lo restituirà semplicemente nella posizione che avrebbe occupata se il suo diritto non fosse stato violato [2]. Le azioni penali invece tendono a far condannare l'autore dell'offesa ad una pena, il cui effetto è di arricchire d'una data somma il patrimonio dell'attore e di diminuire quello del convenuto d'una somma eguale [3]. Le azioni miste sono quelle che tendono a raggiungere a un tempo tutti e due gli intenti menzionati [4].

§ 38.

Parti straordinarie della formula. — Eccezioni [5].

Se il convenuto si limitava a negare le asserzioni su cui l'attore aveva fondata la sua domanda, non era necessario fare alcuna aggiunta alla formula. E difatti se quelle asserzioni non

---

[1] Vedi BRUNS, *Le azioni popolari*, trad. e annotate da SCIALOIA, nell'*Archivio giur.*, XXVIII, 166-213, 519-538; e XXIX, 279-305; CODACCI-PISANELLI, nell'*Archivio giurid.*, XXXIII, 317-371, Napoli 1887 (Cfr. ASCOLI, in *Archivio giur.*, XLII, 150); COSTA, nella *Rivista ital.*, XI, 359-374, e FADDA, *L'azione popolare*, vol. I, Torino 1894. Nel nostro diritto l'azione popolare è ammessa dalla legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza del 17 luglio 1890, art. 82 e 83; dalla legge Comunale e provinciale (T. U. 21 maggio 1908 n. 269) art. 47, 109, 129 e dalla legge elettorale politica (art. 37 e 112).

[2] § 17, Inst., *de actionibus*, IV, 6: *Rei persequendae causa comparatae sunt in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto.* GAI., *Inst.*, IV, 7.

[3] § 18, Inst., *eod.*; GAI., IV, 8.

[4] § 19, Inst., *eod.*; GAI., IV, 9. Vedi i §§ 110 e 153.

[5] BOZZONI R., *Exceptio*, in *Enciel. giur. it.*, Vol. V, parte 3ª (Milano 1910).

venivano provate, il giudice doveva assolvere il convenuto, sia che l'attore non avesse mai acquistato il diritto preteso, sia che lo avesse perduto. Se il convenuto riconosceva bensì come fondata in generale la domanda, ma invocava, alla sua volta, certe nuove circostanze, certi fatti, i quali, se veri, erano tali da rendere in tutto o in parte inefficace l'azione, ancorchè giuridicamente fondata, e da sottrarlo alla condanna, si rendeva necessario fare un'aggiunta alla formula, colla quale si avvertiva il giudice di non condannare il convenuto se non quando venisse a mancare la prova dei fatti da lui addotti contro la domanda dell'attore. Questa aggiunta chiamasi *exceptio*. Ecco un esempio: Aulo Agerio chiede il pagamento di cento sesterzi a Numerio Negidio a titolo di locazione. Numerio Negidio non nega di essere debitore di quei cento sesterzi, ma oppone che Aulo Agerio gli promise con apposito patto di non chiedere quel pagamento che di lì a due anni, i quali non sono peranco trascorsi. In tal caso il pretore avrà aggiunto al « SI PARET N. N. CENTUM DARE OPORTERE » l'eccezione opposta da Numerio Negidio « SI INTER A. A. ET N. N. NON CONVENIT, NE EA PECUNIA INTRA BIENNIUM PETERETUR [1]. Se dall'esame delle circostanze risultava la verità del fatto addotto dal convenuto, è naturale che la domanda dell'attore doveva venire respinta. Nelle azioni di buona fede non era necessario inserire specificatamente nella formula le eccezioni dirette ad escludere la buona fede dell'attore. Simili eccezioni erano sottintese, ed il giudice era obbligato a tenerne conto in quella specie di azioni. Ciò esprimevano i Romani colle parole: *bonae fidei iudiciis doli exceptio inest.*

L'attore poteva alla sua volta opporre nuovi fatti a quelli addotti dal convenuto, e se questi erano tali che, provata la loro esistenza, escludevano l'eccezione del convenuto, si faceva all'eccezione una nuova aggiunta che chiamavasi *replicatio*. Alla *replicatio* dell'attore il convenuto poteva opporre una *duplicatio*, alla quale potevasi rispondere con una *triplicatio* e così di seguito [2].

Una specie importante di eccezioni erano le *praescriptiones*.

---

[1] GAI, *Inst.*, IV, 119.

[2] ULPIANUS, fr. 2, 1, *de exc.*, XLIV, 1; Inst., *de repl.*, IV, 14.

così chiamate perchè, invece di collocarsi dopo l'*intentio* come le altre eccezioni, si scrivevano in capo alla formula [1]. Esse erano una specie di preambolo, con cui il magistrato avvertiva il giudice di esaminare innanzi tutto la *praescriptio*. Di regola le *praescriptiones*, inserite nella formula a favore del convenuto, erano di natura pregiudiziale, come, per esempio, la eccezione del decorso del tempo (*exceptio* o *praescriptio temporis*), con la quale s'intestava la formula, appunto perchè se effettivamente risultava che l'attore avesse lasciato passare il tempo utile per far valere la sua azione, era affatto inutile entrare nell'esame ulteriore della causa.

Col volgere degli anni cadde l'uso di mettere le *praescriptiones* in capo alla formula e si inserirono anch'esse nella formula dopo l'*intentio*, al pari di tutte le altre eccezioni, per cui avrebbe dovuto cessare anche la denominazione speciale. Vi erano però alcune *praescriptiones*, che più delle altro richiamavano l'attenzione, e queste conservarono il loro nome speciale anche dopo che era scomparsa ogni differenza delle altre eccezioni. La più importante di esse è la *praescriptio temporis*, chiamata per antonomasia prescrizione senz'altra aggiunta. Inoltre rimase nel processo formulare la categoria importante delle *praescriptiones pro actore*, dirette a limitare a favore di questo l'efficacia consuntiva della *contestatio litis* ovvero a rendere possibile una *intentio iuris (agere praescriptis verbis)*.

§ 39.

Della contestazione della lite [2].

NOZIONE. — La contestazione della lite costituisce l'atto finale del procedimento *in iure*. Nell'antica procedura *per legis actiones* la contestazione di lite consisteva in una solenne invocazione di testimoni, i quali potevano, all'occorrenza, deporre

---

[1] GAI., *Inst.*, IV, 132.

[2] KELLER, *Litiscontestation u. Urtheil*; WLASSAK, *Die Litiscontestation im Formularprocess*, nella *Breslauer Festschrift z. Windscheid's Doctorjubiläum*, 1889. LENEL, *Die Form der L. C. in Formularprozess*, nella *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, XV.

su ciò che era avvenuto avanti al magistrato. Il che non toglie che fin d'allora il magistrato potesse dare per iscritto avvertenze ed istruzioni al giudice. Coll'introduzione della procedura *per formulas* fu abolita la solennità ora accennata e fu resa invece obbligatoria (tranne che per le cause decemvirali e centumvirali) l'istruzione scritta *(formula)*, che il magistrato doveva impartire al giudice.

Ad ogni modo il nome di *litis contestatio* si conservò anche dopo che la invocazione dei testimoni non fu più in uso nemmeno come semplice formalità, ed è rimasto anche nella procedura moderna. Nel periodo delle formule l'espressione « *litis contestatio* » non designa più, nella maggior parte delle cause, l'invocazione dei testimoni, ma il momento corrispondente a quello in cui, nel sistema processuale precedente, aveva effettivamente luogo quella solenne invocazione. Si può dire adunque che la *litis contestatio*, nel periodo delle formule, è il momento di separazione fra il procedimento *in iure* e il procedimento *in iudicio*. Tostochè è nominato il giudice, la formula è definitivamente costituita; da questo momento in poi l'*iudicium* è *acceptum*, la *lis* è *contestata*, e fra le parti contendenti esiste un rapporto quasi contrattuale che le obbliga a sottomettersi alla decisione del giudice.

EFFETTI DELLA CONTESTAZIONE DI LITE NEL PERIODO DELLE LEGIS ACTIONES E DELLE FORMULE. — L'effetto più importante della contestazione di lite è la specie di novazione che essa opera nel rapporto dei contendenti, consistente in un vincolo quasi contrattuale, in virtù del quale le parti sono obbligate di subire l'*iudicium*, sulla base degli atti, domande, deduzioni e controdeduzioni da loro poste in essere sino a quel momento. Questo vincolo quasi contrattuale distrugge il rapporto giuridico che esisteva precedentemente fra le parti e da cui l'azione proveniva e si sostituisce ad esso, nel senso che l'attore non può più fondarvisi per agire una seconda volta contro il convenuto. In altri termini l'azione, una volta portata *in iudicium*, resta consumata mediante la contestazione di lite (*actio consumitur*) e non può essere esercitata di nuovo, per il principio fondamentale della procedura romana, che *bis de eadem*

re agi non potest. Principio che quando non poteva *ipso iure,* come nel procedimento per *legis actiones* [1] o nei *legitima iudicia in personam* [2], si faceva valere per mezzo di una eccezione (*exceptio rei in iudicium deductae* [3]). Rispetto al processo in corso la *litis contestatio* ha tra i suoi principali effetti principalissimo quello di fissare in modo definitivo ed invariabile il punto e i termini della questione, sulla quale il giudice sarà chiamato a giudicare, a pronunciare la sua sentenza [4].

§ 40.

Della procedura in iudicio [5].

La procedura *in iudicio* ha per iscopo di mettere il giudice in istato di pronunziare la sentenza, la quale sarà di condanna o di assoluzione, secondochè il giudice sia legalmente convinto o no dell'esistenza di certi determinati fatti, su cui si fondano le pretensioni delle parti. Epperciò è obbligo delle parti di procacciare al giudice siffatta convinzione, fornendogli le prove delle rispettive asserzioni, poichè quanto non viene provato non esiste legalmente pel giudice, il quale non può tenere alcun conto delle gratuite asserzioni addotte dall'una e impugnate dall'altra parte. È quindi assai importante per l'esito di una causa il sapere a quale delle due parti incomba l'onere della prova, e quali sieno i mezzi di prova.

ONERE DELLA PROVA *(onus probandi).* — Egli è un principio generale che quella delle parti, attore o convenuto, che allega

---

[1] GAI., *Inst.,* IV, 108.

[2] Id., *Inst.,* IV, 107.

[3] Id., *Inst.,* IV, 106, III, 181; fr. 19, § 1, *de her. pet.,* V, 3; ULPIANUS, fr. 7, 5, *de exc. rei iud.,* XLIV, 2. Il LENEL *(Das Edictum),* pag. 403, ha sostenuto pel primo che quest'eccezione *rei in iud. ded.,* non fosse che una e medesima eccezione con l'*exc. rei iud.,* opinione che fu poi seguita dal SOHM e dal DERNBURG, e combattuta con buone ragioni dal MANENTI nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.,* III e XXII (1909).

[4] GAIUS, *Inst.,* III, 180-181; IV, 106-107; fr. 40, pr. *de her. pet.,* V, 3.

[5] Sulla procedura *in iudicio* cfr. BERTOLINI, *Il processo civile romano,* Torino 1913.

una data circostanza per dedurne un diritto, o qualsivoglia conseguenza utile per sè, deve provarla. Così l'attore deve provare i fatti che servono di fondamento alla sua azione, e il convenuto deve provare quelli su cui fonda le sue eccezioni [1]. Se, p. es., Aulo Agerio pretende cento sesterzi da Numerio Negidio, che dice essergli dovuti a titolo di compra o per altra causa qualunque, deve provare questa sua asserzione. Se poi Numerio Negidio sostiene che il credito avversario è estinto per compensazione, ovvero oppone altre simili eccezioni, deve alla sua volta dare la prova del fondamento delle medesime.

Nondimeno la prova dei fatti addotti dalle parti non è necessaria, quando essi non sono controversi, ma confermati dall'avversario, o quando sono di tal natura da non aver bisogno di una prova speciale. Quest'ultima ipotesi si verifica in quei fatti che sono presunti dalla legge, in guisa che si ritengono per veri e provati sino a che l'avversario non ha provato il contrario *(praesumptiones iuris)* [2]. Così, per esempio, la legge presume che il figlio nato fra il sesto ed il decimo mese del matrimonio sia legittimo. Chi si fonda su tale presunzione di legge è dispensato dalla prova, e tocca a chi impugna il provare il contrario [3].

MEZZI DI PROVA. — I principali mezzi di prova sono i testimoni, i documenti e il giuramento.

Prova testimoniale. — I testimoni erano designati dalle parti, dovevano fare le loro deposizioni oralmente e pubblicamente all'udienza e potevano essere interpellati dalle parti e dagli avvocati delle medesime. Non vi era una regola che determinasse in modo formale il grado di credibilità delle deposizioni testimoniali, ma era principio generale che il giudice, anzichè contare le testimonianze, dovesse pesarle e decidere secondo l'impressione che gliene era rimasta. La massima *testis unus testis nullus* non era che un consiglio, fino a che l'imperatore Costantino non la convertì in disposizione imperativa [4].

[1] PAULUS, fr. 2, *de probat.*, XII, 3; C. 4, *de ed.*, II. 1; C. 22, IV, 19.

[2] Cfr. FERRINI, in *Riv. it. per le scienze giur.*, XIV, pag. 258.

[3] Talvolta la prova del contrario è vietata, ed allora si parla di *praesumptiones iuris et de iure.*

[4] C. 9, Cod., *de testibus*, IV, 20.

Il Codice civile patrio non ammette la prova testimoniale di una convenzione sopra un oggetto il cui valore ecceda le lire cinquecento, a meno che non esista un principio di prova per iscritto, o non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui, o egli abbia perduto il documento per caso fortuito impreveduto o per forza maggiore, o si tratti di materia commerciale [1].

Prova per iscritto. — La prova per iscritto risulta da documento pubblico o da scrittura privata. Le scritture private non provano che contro quella persona da cui emana lo scritto; i documenti pubblici invece fanno prova contro chiunque.

Prova per giuramento. — La parte può, in prova dei fatti da essa allegati, rimettersi alla coscienza dell'altra parte, deferendole il giuramento sulla verità di quei fatti (giuramento decisorio). Quegli a cui è deferito il giuramento, se ricusa di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe nella domanda, o nell'eccezione, e parimente soccombe l'avversario se ricusa di prestare il giuramento che gli fu deferito [2].

Se i fatti addotti da una delle parti non sono pienamente provati, il giudice può imporne ad una delle parti il giuramento per completare la prova (giuramento suppletorio) [3].

Talvolta si permette all'attore di determinare con giuramento la quantità del danno da prestarsi dall'avversario (giuramento estimatorio) [4].

§ 41.

Sentenza ed altri mezzi per terminare le liti.

Il procedimento *in iudicio* si termina di regola mediante la sentenza. Con essa il giudice, secondo l'alternativa posta nella formula, condanna o assolve il convenuto.

---

[1] Codice civile, art. 1341, 1347 e 1348, C. Co. art. 44.

[2] PAULUS, fr. 2, *de iureiur.* 12, 2; ULPIANUS, fr. 3, pr. *eod.*; BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto romano*, Roma 1886.

[3] C. 3 e 12, Cod., *de reb. cred. et iurei.*, IV, 1, Cod. civ., art. 1374.

[4] PAULUS, fr. 2, § 1, *de in lit. iur.*, XII, 3; MARCIANUS, fr. 5, *eod.*

Nelle azioni pregiudiziali (mediante le quali l'attore non domanda la condanna dell'avversario, ma semplicemente la verificazione giudiziale di una qualità o di un fatto) il giudice, invece di dare una sentenza di assoluzione o di condanna, riconosce il diritto dell'attore mediante una *pronuntiatio*, che di regola precede un processo regolare, donde il nome di *praeiudicium*, *formula praeiudicialis*, *actio praeiudicialis* [1].

Colla prolazione della sentenza cessa ogni potere del giudice; la cosa dedotta *in iudicio* diventa cosa giudicata (*res iudicata*), la quale costituisce una verità formale tra le parti, e talora, ove la decisione versi sopra un fatto obbiettivo, *inter omnes* (segnatamente nelle cause di stato), sì che la questione resta decisa per sempre indipendentemente dal fatto che tale decisione sia o meno rispondente a verità e giustizia, ciò che i Romani esprimevano dicendo *res iudicata pro veritate habetur*. Il convenuto ha l'eccezione della cosa giudicata, per mezzo della quale può respingere qualsiasi pretesa che l'attore volesse in seguito far valere in base al rapporto giuridico che fu ormai giudicato (esclusa, s'intende, la procedura di esecuzione); se la sentenza è di condanna, questa procura all'attore l'*actio iudicati*, mediante la quale egli può domandare l'esecuzione della sentenza.

Nel diritto nuovo però, introdottosi l'appello (*appellatio*), la sentenza non produce gli effetti della cosa giudicata, se non quando è diventata inappellabile.

Da non confondersi con la sentenza propriamente detta che terminava il litigio (sentenza definitiva), sono le decisioni che il giudice poteva rendere nel corso del procedimento per preparare la sentenza (*interlocutiones*, *iussus*, *mandata*).

Nel periodo processuale di cui parliamo, le liti potevano essere terminate, oltrechè con la sentenza, anche colla *confessio in iure*, la quale aveva forza pari alla sentenza. Il convenuto che confessa davanti al magistrato (*in iure*) il fondamento della domanda dell'attore, si condanna da sè, e non occorre più una

---

[1] GAI., IV, 44. Anche nelle *actiones arbitrariae in rem*, la sentenza poteva essere preceduta da una *pronuntiatio*, cioè dall'*arbitratus iudicis*.

sentenza [1]. Abolito l'*ordo iudiciorum privatorum*, scomparve necessariamente anche la *confessio in iure*. La confessione davanti al giudice dispensa bensì dalla prova, ma non dalla sentenza. Altri mezzi straordinari di terminare una lite sono la rinunzia e la perenzione d'istanza [2].

§ 42.

Extraordinaria cognitio e interdicta [3].

Durante il periodo delle *legis actiones* e della procedura *per formulas* avveniva talvolta che il magistrato, invece di rinviare la causa ad un giudice, la ritenesse per sè, e pronunciasse egli medesimo sul merito della questione *(extra ordinem)*. La domanda chiamavasi allora *persecutio*, e la decisione del magistrato aveva il nome di *decretum*.

I casi in cui il magistrato pronunciava egli stesso, *extra ordinem*, si riferivano più specialmente agli atti di giurisdizione volontaria, e persino ad alcune materie di giurisdizione contenziosa, come i fidecommessi, le restituzioni in intero e altri simili.

Il magistrato pronunciava in origine *extra ordinem*, con un decreto, anche in quei casi pei quali posteriormente venne introdotta la procedura speciale degli interdetti.

V'erano, cioè, presso gli antichi Romani alcuni rapporti ed interessi, i quali, sebbene in sè molto importanti, non si trovavano però garantiti e muniti d'azione dell'*ius civile*. Fra questi rapporti figurano in prima linea il possesso e l'uso delle cose

---

[1] PAULUS, fr. 1, *de confessis*, XLII, 2: *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.*

[2] Gli *iudicia legitima* dovevano essere terminati entro diciotto mesi, e la procedura degli *iudicia quae imperio continentur* non poteva eccedere l'anno della magistratura nel quale era stata introdotta GAI., IV, 103-105). In seguito fu stabilito che i processi non dovessero eccedere tre anni (Const. 13, § 1, *de iudiciis*, III, 1).

[3] GLÜCK, lib. XLIII (di A. UBBELOHDE), trad. POUCHAIN; SCHMIDT, *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853; PFERSCHE, *Die Interdikten*, Innsbruck 1892; BELLAVITE, nell'*Arch. giur.*, III, 234; PERNICE, nell'*Archivio giuridico*, XXXVI, 116.

pubbliche. In questi e altri simili casi, i privati sarebbero stati costretti, per mancanza di un rimedio legale, di ricorrere alla forza privata per difendersi contro chi li turbasse nel loro possesso o nell'uso delle cose pubbliche, se il pretore non avesse interposto la sua autorità, pronunciando in virtù del suo *imperium* con un decreto.

Senonchè, moltiplicandosi sempre più gli affari, il pretore non potè, a lungo andare, prendere egli medesimo cognizione della causa. D'altro canto, non essendovi azione civile per quei casi, non poteva il pretore rimettere senz'altro le parti ad un *iudex*, senza offendere la massima inveterata che *praetor ius facere non potest*. Bisognava quindi trovare un espediente, per adattare il diritto alle pratiche necessità, e fu il seguente.

Il pretore, invece di decidere egli stesso *extra ordinem* con un decreto, il che lo avrebbe costretto a perdere molto tempo nell'esame del caso, alla prima comparsa delle parti contendenti, s'intrometteva tra di esse con un ordine, chiamato *interdictum*, detto così da *interdicere*, proibire, per antonomasia, perchè il caso più importante e più frequente è quello in cui il pretore *prohibet aliquid fieri* [1]. Con esso infatti il pretore intimava senz'altro alle parti stesse o ad una di esse di astenersi da qualche atto, o di restituire o esibire qualche oggetto (*interdicta prohibitoria, exhibitoria, restitutoria*). L'interdetto era un precetto ipotetico e condizionato, con cui il pretore intimava alla parte di ubbidire all'ordine ricevuto, semprechè fossero vere le condizioni o circostanze che avevano indotto il pretore ad emanare il precetto stesso. Per tal modo la parte, a cui era indirizzato l'interdetto, veniva eccitata a riflettere se effettivamente sussistessero le condizioni, su cui fondavasi l'interdetto, e se quindi dovesse ubbidirvi. Se essa ubbidiva, tutto era finito; chè se non ubbidiva, e poi risultava che le condizioni, sotto le quali l'interdetto era stato emanato, erano vere, essa si rendeva colpevole di disubbidienza agli ordini del magistrato, e per tal modo era responsabile di fronte all'avversario.

Per sapere poi se effettivamente sussistessero le condizioni su cui fondavasi l'interdetto, la parte che lo aveva impetrato

---

[1] Gai., *Inst.*, IV, 139-140.

faceva citare l'avversario davanti al pretore, il quale con la minaccia di una multa lo costringeva ad una *sponsio poenalis*, a promettere cioè una somma pecuniaria pel caso che si riscontrassero vere le condizioni dell'interdetto a cui non aveva ubbidito. Altrettanto prometteva il provocante pel caso contrario (*restipulatio*). Da tale *sponsio* e *restipulatio* nascevano obbligazioni civilmente riconosciute, e le parti potevano quindi domandare la somma per mezzo di una *legis actio*.

Introdotta la procedura formulare, il pretore avrebbe potuto giovarsi della facoltà importantissima di accordare l'azione, che per quella procedura gli spettava, e, senza battere la via indiretta dell'interdetto e delle doppie *stipulationes*, ordinare un *iudicium* nei casi non contemplati dall'*ius civile*; ma ciò ripugnava al genio romano, avverso alle innovazioni repentine, e il pretore si restrinse, per alcun tempo, ed accordare azioni nuove soltanto in quei casi, pei quali poteva rinvenire delle forti analogie nell'*ius civile*. Questa circostanza da un canto, e dall'altro canto il vantaggio derivante dallo *sponsio poenalis* di indurre la parte di mala fede a riflettere seriamente alle conseguenze dannose della sua disubbidienza, fecero sì che la procedura degli interdetti si mantenesse per alcun tempo incolume anche durante la procedura formulare. Ma quando più tardi il pretore allargò l'esercizio della sua autorità, introducendo innovazioni indipendenti dall'*ius civile*, anche la procedura degli interdetti subì delle modificazioni. Da prima scomparve la seconda stipulazione (*restipulatio*) e negli interdetti esibitorii e restitutorii si diede facoltà al convenuto di evitare la *sponsio* chiedendo la nomina di un arbitro, il quale veniva autorizzato, con una *formola arbitraria in factum concepta*, ad investigare, se, giusta i principii contenuti nell'interdetto, incombesse al convenuto l'obbligo di esibire o di restituire l'oggetto, nel qual caso gli ordinava la restituzione, e se non ubbidiva lo condannava a tutti i danni (*quanti actoris interest*). Più tardi caddero le *sponsiones* anche negli interdetti proibitorii. Cessate le *sponsiones poenales*, gli interdetti perdettero il carattere proprio e si accostarono alla procedura ordinaria [1].

[1] § 8, inst., *de interdictis*, IV, 15.

Gli interdetti si distinguono in varie categorie. Oltre quella già accennata di interdetti proibitorii, esibitorii e restitutorii, è di grande importanza la numerosa categoria degli interdetti di natura privata patrimoniale, fra cui primeggiano gl' interdetti possessorii.

§ 43.

Procedura di esecuzione.

I modi di esecuzione del diritto civile dei Romani erano la *manu inectio* e la *pignoris capio;* il diritto pretorio introdusse la *bonorum venditio,* la quale ebbe poi a subire delle modificazioni o almeno dei temperamenti mediante la *cessio bonorum* e la *bonorum distractio.*

MANUS INIECTIO. — La *manus inectio* era un modo legale di esecuzione sulla persona del debitore, e richiedeva un credito fondato sopra una sentenza, o sopra la confessione *in iure,* che era equiparata alla sentenza. Se il debitore non eseguiva la sentenza entro lo spazio di trenta giorni, il creditore poteva mettergli le mani addosse (*manum iniiciebat*), condurlo davanti al magistrato e, giustificato il suo procedere, chiederne l'aggiudicazione (*addictio*). Il debitore, sospetto pel suo rifiuto di adempiere alle sue obbligazioni, non aveva più diritto di difendersi da se medesimo, e non poteva contestare la domanda avversaria che mediante una terza persona che garantisse per tutti gli effetti del processo (*vindex*). In mancanza di un vindice il debitore veniva aggiudicato al creditore che lo poteva condurre a casa propria, tenerlo prigione e venderlo nel caso che non pagasse il suo debito entro il termine di sessanta giorni. In seguito questa esecuzione personale subì dei temperamenti. Il debitore poteva bensì essere condotto prigioniero a casa del creditore, e doveva servire sino alla totale estinzione del suo debito, come se fosse schiavo, ma non poteva essere venduto; e soddisfatto il suo debito ricuperava la piena libertà.

PIGNORIS CAPIO. — Questa era un modo di esecuzione sui beni del debitore, il quale non poteva ricuperare la cosa presa

in pegno se non dava piena soddisfazione al suo creditore. La *pignoris capio* non poteva aver luogo che in alcuni pochi casi determinati dalla legge o dalla consuetudine.

BONORUM VENDITIO [1]. — Il diritto pretorio conservò l'esecuzione personale, ma introdusse accanto alla medesima la *bonorum venditio*, che è un modo di esecuzione sui beni dei debitori molto simile a quello ammesso dalle nostre leggi sul fallimento. Il creditore che aveva ottenuto la condanna del proprio debitore si dirigeva al magistrato, che, verificata la domanda, lo autorizzava con un decreto ad immettersi nel possesso *rei servandae causa* di tutti i beni del debitore, i quali venivano poi venduti sotto l'osservanza di certe forme. Si pubblicavano gli avvisi di vendita nei luoghi più frequentati della città, e dopo un termine, che variava a seconda dei casi, venivano convocati tutti i creditori per la nomina di un sindaco *(magister)* [2] incaricato della vendita. Trascorso un termine uguale al primo, dacchè il sindaco aveva descritto lo stato dei beni e dei creditori, i beni venivano aggiudicati in massa al maggior offerente *(bonorum emptor)*, il quale ne acquistava la proprietà a titolo universale. I creditori che avevano preso parte al concorso si rivolgevano poi contro di lui per esser pagati dei loro crediti sino alla concorrenza dei reparti da lui promessi; ma in tal caso perdevano la loro azione contro il debitore [3]. Coloro che avevano un diritto di ipoteca sui beni del debitore potevano chiedere la cosa ipotecata salvo il diritto al *bonorum emptor* di ritenerla pagando integralmente il credito.

CESSIO BONORUM. Il beneficio della cessione dei beni venne introdotto mediante una legge Giulia, e consiste in ciò che un debitore insolvente, il quale non fosse in colpa, poteva evitare la infamia che andava congiunta colla *venditio bonorum*, e procurarsi il beneficio di conservare lo stretto necessario, abbando-

[1] Vedi DERNBURG, *Ueber emptio bonorum*, Heidelberg 1850.

[2] Vedi DEGENKOLB, *Magister und Curator im altrömischen Konkurs*, Leipzig 1897, e su di lui BRUGI nell'*Arch. giur.*, LXIV (nuova serie, V), 163 e seg.

[3] VENULEIUS, fr. 25, § 7, *quae in fraud. cred.*, XLII, 8: ... *quia nulla actio in eum (debitorem) ex ante gesto post bonorum venditionem datur.*

nando volontariamente tutto il suo patrimonio ai suoi creditori; ma per potere addivenire alla vendita era sempre necessaria la *missio in bona*.

BONORUM DISTRACTIO. — Essa era una vendita al minuto dei beni del debitore, la quale produceva conseguenze meno dannose della vendita in massa *(bonorum venditio)*, e fu appunto introdotta ai tempi di Diocleziano, in luogo di questa.

§ 44.

Abolizione dell' ordo iudiciorum privatorum.

Come si è già avvertito altrove (§§ 33 e 42), anche nei due periodi delle *legis actiones* e del processo formulare accadeva talvolta che il pretore riunisse le due funzioni di magistrato e di giudice; ma questi erano casi rari ed eccezionali, e perciò dicevasi che il magistrato pronunciava *extra ordinem*, d' onde il nome di *iudicia extraordinaria*. Sotto l' impero furono istituiti varii magistrati imperiali, a cui vennero demandate diverse categorie di cause (fidecommissarie, alimentari, tutelari, ecc.), che venivano risolute in via amministrativa o *extraordinaria*. Presso i magistrati delle provincie imperiali (che non erano *magistratus populi romani*, ma delegati del principe) le cause si dovettero trattar sempre con tale procedimento: l' esempio si estese presto anche alle provincie senatorie: anzi ai tempi di Settimio Severo non v' ha più distinzione a questo proposito fra le varie provincie. Invece presso il pretore urbano fu sempre in uso l' *ordo iudiciorum privatorum*. Sembra quindi assai probabile che Diocleziano non abbia abolito (come si sostiene comunemente) l' *ordo* stesso. Questo cadde naturalmente da se stesso dal momento che al pretore urbano Diocleziano tolse la giurisdizione nelle cause civili.

Codesto cambiamento portò seco importanti modificazioni anche nell' andamento della procedura. E per vero, secondo il sistema antico, l' attore citava l' avversario davanti al pretore mediante l' *in ius vocatio* ed ivi esponeva la sua domanda *(actionem edebat)*: al reo convenuto si accordava un termine per preparare i suoi mezzi di difesa, purchè promettesse di comparire

entro un dato giorno (*vadimonium*). Ma già ai tempi di Marco Aurelio la *in ius vocatio* l'*editio actionis*, il *vadimonium* e la duplice comparizione, che rendevano troppo lenta la procedura, si potevano evitare mediatamente la *denuntiatio actionis*. La quale consisteva in ciò che l'attore faceva conoscere al suo avversario la domanda che intendeva far valere, e conveniva con lui del giorno della comparizione. Questa denunzia dell'azione divenne col tempo il metodo ordinario. Sino a Costantino essa era un atto puramente privato; quest'imperatore ne fece un atto pubblico, ordinando che la citazione venisse verificata mediante processo verbale da un ufficiale pubblico. La denunzia venne alla sua volta surrogata da un semplice atto scritto (*libellus conventionis*) che veniva rimesso al giudice, il quale lo faceva notificare a mezzo di un usciere, come si usa anche oggidì.

Questo libello di convenzione o atto di citazione conteneva una esposizione sommaria del fatto, della domanda e dei mezzi di prova. Il reo, convenuto, cui veniva intimato il libello, doveva rimettere all'usciere la ricevuta dell'atto di citazione, e dare cauzione di comparire in tribunale *(cautio in iudicio sisti)*, e qualora non potesse fornire detta cauzione, veniva posto sotto custodia dell'usciere, o tenuto in prigione sino al giorno della comparizione. Era pure obbligato a rispondere con un libello di risposta (*libellus responsionis* o *contradictionis)*. Nel giorno fissato le parti comparivano davanti al magistrato; questi esaminava l'ammissibilità dell'azione, poi sentiva le deposizioni dei testimoni e le discussioni delle parti, e infine pronunciava la sentenza.

L'antica contestazione di lite, che nel sistema della *legis actiones* era un'invocazione solenne dei testimoni, e nel processo formulare costituiva il punto di separazione fra *ius* e *iudicium*, non poteva naturalmente avere più luogo, perchè più non esistevano i due stadii di procedura (*ius* e *iudicium*); pur tuttavia si conservò il nome all'atto destinato a fissare le rispettive pretensioni delle parti. Secondo il diritto giustinianeo la *contestatio litis* avviene *post narrationem propositam et contradictionem obiectam*.

Anche l'istituto dall'appello ricevette in questo periodo il suo regolare svolgimento.

Il mezzo ordinario di esecuzione delle sentenze passate in giudicato è la *pignoris capio*. L' antica immissione nel possesso dei beni del debitore (*missio in bona*) non ha più luogo se non in casi affatto eccezionali, cioè quando il debitore si è lasciato condannare in contumacia, e quando egli è in istato di fallimento. L' esecuzione personale non si ammette se non quando l' esecuzione reale è rimasta senza effetto.

§ 45.

Estinzione delle azioni.

Le azioni si estinguono per morte di una delle parti, per prescrizione e per concorrenza di più azioni.

MORTE. — Per regola generale la morte di una o l'altra delle parti non estingue l'azione, dappoichè *actiones heredi et in heredem competunt* [1]. Tuttavia non passano agli eredi le azioni d' ingiuria e le azioni popolari; così, morendo l' attore non passano agli eredi le *actiones vindictam spirantes*, e morendo il convenuto, non si trasmettono agli eredi le azioni procedenti da delitto, quando tendono ad una pena; anche quando tendono al risarcimento di danni non passano all' erede se non in quanto l' erede si è arricchito.

PRESCRIZIONE. — Prima di Teodosio II le azioni civili, fatte pochissime eccezioni, non si estinguevano pel decorso del tempo, ma erano perpetue nel vero senso della parola. Le azioni onorarie però, cioè le pretorie e le edilizie, dovevano farsi valere entro un anno, ed anche in un termine più breve. Di qui il loro nome di *actiones temporales*, in opposione alle *actiones perpetuae*.

Quando alle azioni reali risultanti dal diritto di proprietà o da diritti reali frazionari valeva il principio che chi possedeva la cosa con giusto titolo e buona fede per lungo tempo, cioè dieci anni fra presenti e vent'anni fra assenti, poteva opporre alla rivendicazione la *praescriptio longi temporis*; ma questa *praescriptio* o *exceptio longi temporis*, la quale, come si è detto,

---

[1] *Inst.*, IV, 12. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, I, § 104.

richiedeva giusto titolo e buona fede da parte del possessore, si fuse più tardi coll' istituto dell' usucapione.

L' imperatore Teodosio II, con una sua costituzione dell' anno 424 cresse l'eccezione a regola e stabilí che tutte le azioni, che non fossero già limitate ad un termine più breve, dovessero farsi valere almeno entro lo spazio di trent'anni; scorsi i quali venivano escluse con la *praescriptio triginta annorum*. La quale disposizione di Teodosio passò con poche modificazioni nel diritto giustinianeo ed è stata accolta anche dal Codice civile italiano [1]. Per alcune azioni il termine di trent' anni venne in seguito portato a quaranta, per cui nel diritto giustinianeo tutte le azioni si estinguono o per prescrizione di trenta o quarant'anni o per prescrizione più breve. A quelle si è mantenuto il nome di *actiones perpetuae*, queste si chiamano *temporales*.

La prescrizione estintiva delle azioni corre anche a vantaggio di chi è in mala fede ed è mancante di giusto titolo. Essa comincia dal giorno in cui l' azione è nata: l'azione reale dicesi nata, quando l'avversario dà origine all' azione con la lesione del nostro diritto; l'azione personale invece nel momento in cui l'obbligazione esiste in modo che possiamo senz' altro agire per l' adempimento della medesima contro il debitore che ricusa di soddisfarla *(quando dies venit)*.

La prescrizione estintiva delle azioni reali estingue soltanto l'azione, ma non anche il diritto [2]; quella delle azioni personali estingue anche il credito e non lascia sussistere nemmeno una obbligazione naturale [3].

CONCORRENZA DI PIÙ AZIONI [4]. — Quando più azioni sono dirette ad uno scopo identico, cioè al conseguimento di una

[1] C. 3, 3, *de praescr. XXX vel XL ann.*, VII, 39; Cod. civ., art. 2135.

[2] C. 8, § 1, *de praescr. XXX vel LX ann.*, VIII, 39.

[3] È un punto molto controverso. ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, II, § 277.

[4] ALIBRANDI, *Sulle azioni concorrenti*, nel *Giornale di giurisprudenza teorico-pratica*, I, 1870, 321 e 457 (*Opere*, vol. I, 1896). Il concetto dell'Alibrandi è troppo ristretto e non comprende tutti i casi di concorso di azioni. [Cfr. inoltre EISELE, *Klagenkonkurrenz* nell' *Archiv. für die Civil. Praxis*, 1892 p. 328-405; FERRINI, *Archivio giur.* 1900 p. 78 e *Zeits. der Sav. Stift. für Rechtsg.* 190].

stessa pretesa, e si è raggiunta la meta con l'una, cadono le altre, non potendosi richiedere con una nuova azione quello che già con un'altra si è ottenuto; *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* [1]. Così, per esempio, il proprietario ha nel medesimo tempo la *rei vindicatio*, la *condictio furtiva*, ed eventualmente qualche azione contrattuale, per chiedere la restituzione della cosa che gli fu rubata. Così pure concorrono l'*actio locati* e la *rei vindicatio* per la restituzione della cosa locata. In questi e simili casi quando l'attore ha già fatto valere il suo diritto con una di tali azioni, non può più intentare le altre, le quali restano per tal modo assorbite ed estinte [2].

Può darsi che delle due azioni, che tendono in generale al medesimo scopo pratico, l'una sia più vantaggiosa dell'altra; come avviene, p. es., nel concorso dell'*actio commodati directa* e dell'*actio legis Aquilae* per danneggiamento recato dal commodatario alla cosa commodata. In tal caso, secondo il diritto giustinianeo, la scelta dell'azione più vantaggiosa assorbe ed estingue l'altra, mentre che l'attore, il quale cominciò con l'azione meno vantaggiosa, può ancor sempre promuovere l'altra per ricercare quello che con la prima non ha conseguito [3]. Questo concetto fu introdotto per via d'interpolazioni anche nei frammenti dei giuristi classici.

Quello che importa notare è che la concorrenza delle azioni non consiste già nell'identità della loro causa nè in quella del loro nome, nè in quella delle persone, sibbene nell'identità dell'obbietto giuridico, dello scopo che si propongono. Quando lo scopo non è precisamente lo stesso, non si verifica concorrenza,

[1] GAIUS, fr. 57, *de R. I.* 50, 17. — ULPIANUS, fr. 43, § 1, *eodem: Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.*

[2] JAVOLENUS, fr. 71 [71], *de furtis*, XLVII, 2: *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti excepti obicitur.*

[3] PAULUS, fr. 41, § 1, *de oblig. et act.*, XLIV, 7: *Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tandundem aut minus, id consequatur.* Su questo passo vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, I, § 105. Cfr. ULPIANUS, fr. 47, *pro socio*, XVII, 2, e fr. 43, *eodem*.

e ciascuna azione può esser fatta valere indipendentemente dall'altra; come nel caso del furto la *rei vindicatio* o la *condictio furtiva* da un lato, e l'*actio furti* dall'altro.

§ 46.

Della restituzione in intiero.

Fra i rimedi legali di origine pretoria la restituzione in intiero è uno dei più importanti. Con essa il pretore, fondandosi sui principii dell'equità, teneva per non avvenuti alcuni fatti o atti giuridici, ai quali lo stretto diritto civile annetteva certe conseguenze, e rimetteva le parti nella medesima condizione in cui si sarebbero trovate, se quei fatti o quegli atti non fossero avvenuti.

Però questa restituzione *in integrum* non era che un rimedio straordinario, un *extraordinarium auxilium*, che non si accordava quando il diritto avesse assicurata un'azione o una eccezione a chi la richiedeva. Erano inoltre a ciò necessarie alcune condizioni determinate. In primo luogo faceva mestieri che chi implorava la restituzione in intiero avesse senza sua colpa sofferto una lesione, cioè un danno prodotto dallo stretto diritto; ed in secondo luogo richiedevasi un giusto motivo di equità in favore di quel rimedio straordinario, una *iusta causa restitutionis*.

Le giuste cause di restituzione stabilite dal pretore sono per gli atti positivi la età minore, la violenza, il dolo, l'errore e la diminuzione di capo; per le omissioni, l'assenza ed altre cause legittime.

Minore età. — I puberi avevano per diritto romano la capacità di obbligarsi. La legge *Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, plebiscito del sesto secolo di Roma, pronunziò delle pene contro coloro che avessero ingannato un pubere al disotto dei venticinque anni. Il pretore si spinse più innanzi ed accordò ai puberi minori la restituzione in intiero contro le conseguenze giuridiche dannose in cui cadevano per la mancanza di esperienza e per difetto della necessaria maturità di mente. D'altro lato il minore non aveva alcun diritto alla restituzione, qualora

avesse commesso qualche disonestà circa l'atto in questione, in ispecie se nel compierlo si fosse fatto credere maggiore dolosamente [1].

Violenza, dolo ed errore. — I maggiori di età che restano lesi da un atto giuridico conchiuso sotto l'influenza del timore o del dolo hanno apposite azioni ed eccezioni, che rendono in molti casi superfluo il rimedio della restituzione in intiero; ma talvolta quelle azioni ed eccezioni non bastano (come, per esempio, nel caso che taluno sia stato indotto dalle minaccie altrui ad accettare una eredità oberata o a ripudiare una eredità vantaggiosa) ed allora si rende opportuna la *in integrum restitutio propter metum aut dolum* [2]. La restituzione in intiero per errore riguarda soltanto, tranne un solo, casi di procedura.

Omissioni. — Se taluno è impedito di compiere qualche atto per una causa legittima, quale sarebbe, per esempio, l'assenza per pubblico servizio, *reipublicae causa,* può ottenere la restituzione in intiero.

[1] ULPIANUS, fr. 9, §§ 2 e 5, *de minoribus*, IV, 4. Const. 1-4, *si minor se maiorem dixerit*, IV, 43 [42]. La Cost. 1. Cod., *si adv. del.*, II, 34 [35], stabilisce il medesimo principio in termini generali. L'ordine stesso delle idee dimostra che in questa costituzione si vuole contrapporre il dolo alla colpa. Il SAVIGNY (*Sistema*, VII, § 321), legge *sed extra venit* invece di *ex contractu*. Io credo giusta la lezione *ex contractu*, la quale espressione può significare *per negligenza*. Anche i BASILICI, X, 17, 1, hanno ἀπὸ συναλλάγματος. Cod. civ., art. 1305.

[2] PAULUS, fr. 21, § 5; *quod metus causa*, IV, 2; PAPINIANUS, fr. 85, *de adquir. vel omitt. hereditate*, XXIX, 2.

LIBRO SECONDO

DIRITTI REALI

§ 47.

Nozioni preliminari.

I diritti reali hanno per oggetto *immediato* una cosa, la quale viene ad essere direttamente soggetta al nostro giuridico potere. E appunto perchè hanno per oggetto immediato una cosa, e non già il fatto altrui, essi esistono indipendentemente da speciale obbligazione di altra persona determinata, e si possono quindi far valere mediante azione reale contro chiunque lede quei diritti.

Il potere giuridico sovra una cosa può colpirla nella sua totalità, senza alcuna limitazione. Un diritto siffatto è la proprietà *(dominium)*, che è appunto il complesso di tutti i diritti che una persona può avere sopra una cosa. Ma questo esteso potere giuridico può subire delle limitazioni in forza di diritti parziali che ad altre persone competano sulla cosa medesima che ne è l'oggetto. I diritti parziali o frazionari che si possono avere sulle cose altrui *(iura in re aliena)* hanno anche essi per oggetto immediato la cosa, al pari del diritto di proprietà che viene ad essere limitato. Essi sono quattro, cioè le servitù, la enfiteusi, la superficie e il pegno o ipoteca, ed insieme al diritto di proprietà costituiscono i così detti diritti reali.

Se i diritti reali ci attribuiscono un potere giuridico totale o parziale sopra una cosa, differiscono essenzialmente sotto questo rapporto dal semplice possesso, il quale consiste nel potere fisico sopra una cosa. Siccome però esso costituisce, in certo modo, per le conseguenze giuridiche che gli sono attribuite, un rapporto giuridico sopra una cosa, crediamo opportuno di premettere un capitolo sopra il medesimo, riserbando i cinque capitoli successivi ai diritti reali.

CAPO I.

Del possesso [1].

§ 48.

Nozione ed indole del possesso.

Possedere una cosa significa averla nel proprio potere fisico [2]. Questo potere è puramente materiale, e non dipende nè punto nè poco da ciò che il possessore abbia o non abbia realmente il diritto di esercitarlo [3]. Il possesso adunque è di fatto ciò che la proprietà è di diritto; il possesso costituisce soltanto un potere fisico, materiale, mentre la proprietà implica un potere giuridico, legale; il proprietario ha il diritto di possedere, il possessore esercita di fatto questo diritto del proprietario. Il più delle volte chi è proprietario di una cosa ne è anche possessore, ma può darsi benissimo che uno sia proprietario di una cosa e un altro la possegga [4].

---

[1] SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (traduz. ital. di P. CONTICINI, Firenze 1839), 7ª ediz. pubblicata a Vienna nel 1865 per cura del RUDORFF, trad. in francese dello STAEDTLER, Paris 1886; ALIBRANDI, *Teoria del possesso* (*Opere*, vol. I, Roma 1896); RUGGIERI, *Il possesso*, Firenze 1880; SALEILLES, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon 1894: RICCOBONO, *La teoria del possesso nel Diritto romano*, nell'*Archivio giurid.*, L, 227 e Bull. ist. Dir. Romano, 1895, p. 240; idem. *Zur* Terminologie des Besitzverhältniss [Zeitsch. Savigny Stift., 1910]; BONFANTE, *Il punto di partenza nella teoria del possesso* (Studi per Moriani, 1900); *Possessio civilis e naturalis* (Riv. it. per le scienze giurid., vol. XVI [1894]; HRUZA, *Grünhut's Zeitschrift* (vol. 24, anno 1896); SOLAZZI, *Di alcuni punti controversi, etc.* (Mem. della R. Accademia di scienze, lett. e arti, Modena, vol. XI, 1911); PEROZZI, *Riv. It. per le scienze giur.*, vol. XXIII (1897), p. 41.

[2] PAULUS, fr. 1, pr. *de adquir. vel amitt. possessione*, XLI: 2; *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.*

[3] ULPIANUS, fr. 12, § 1, h. t.: *Nihil commune habet possessio cum proprietate.* Vedi la nota seguente.

[4] ULPIANUS, fr. 1, § 2, *uti possidetis*, XLIII, 17: ... *separata esse debet possessio a proprietate: fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.*

Il possesso si distingue in possesso giuridico e naturale. Il possesso giuridico è la fisica possibilità di disporre di una cosa ad esclusione d' altri, con l' intenzione di stare in rapporto immediato e indipendente con essa. Se manca quell'intenzione, il possesso è semplicemente naturale, e chiamasi anche detenzione.

Il vocabolo « possesso » senz'altra aggiunta equivale a possesso giuridico, e noi l'adopreremo appunto in questo suo significato proprio.

Il possesso non è un diritto, ma un semplice fatto *(res facti)*: esso però produce conseguenze giuridiche, inquantochè è garantito e tutelato con apposite azioni dalle turbative arbitrarie. E questo è l' effetto giuridico del semplice fatto del possesso. Per tal modo il possessore, come tale, ha dei diritti *(ius possidendi)*, i quali possono anche spettare ad un'altra persona. Giova quindi tenere distinti l' *ius possidendi* dall'*ius possessionis*: il primo è il diritto di possedere la cosa; il secondo è il complesso dei vantaggi che risultano dal fatto del possesso. Il proprietario ha il diritto di possedere la cosa che gli appartiene, sebbene non la possegga di fatto: il possessore ha dei diritti pel solo fatto che la possiede, sebbene non abbia il diritto di possederla. Il ladro, per esempio, non ha alcun diritto sulla cosa rubata che tiene nel suo possesso, egli non ha diritto di possederla *(ius possidendi)*; eppure ha l' *ius possessionis*, è possessore giuridico della cosa, e come tale è tutelato con apposite azioni contro i turbamenti arbitrarii degli altri.

Il motivo poi per cui si accorda questa tutela al possesso, sebbene non sia un diritto, ma un semplice fatto, è che la società non può permettere una perturbazione arbitraria dello stato attuale delle cose. Il possesso è un fatto, che non può essere arbitrariamente tolto di mezzo, anche da chi ha diritto sulla cosa posseduta da altri, senza una usurpazione dei diritti dello Stato e un' infrazione dell' ordine sociale giuridico. Se taluno vuole privare il possessore del suo possesso, deve invocare l' assistenza delle autorità costituite dallo Stato. Chi invece vuole imporre di suo arbitrio la propria volontà, commette un' ingiustizia, che la

società, custode dell' ordine ha il diritto e l' obbligo di reprimere [1].

L' effetto giuridico caratteristico del possesso è adunque il diritto alla tutela contro turbative arbitrarie, ed è prodotto dal possesso di per sè senza il concorso di altre circostanze. Esso può però, quando concorrano altre cause, dar vita ad ulteriori conseguenze giuridiche di somma importanza, fra cui primeggia quella dell' acquisto della proprietà per usucapione (§ 66).

§ 49.

Distinzioni del possesso e terminologia romana.

Le fonti del diritto romano fanno a proposito del possesso le seguenti distinzioni.

Possessio civilis e *naturalis*. — La semplice detenzione di una cosa senza l' intenzione di averla per sè non costituisce un vero possesso. I Romani usano le espressioni *detentio, detinere, in possessione esse,* o anche *possessio naturalis*. Così, per esempio, il condattore e il commodatario sono detentori, ma non possessori.

Perchè esista possesso in senso proprio, cioè possesso giuridico, ossia civile, si richiede l' intenzione di stare con la cosa in rapporto diretto e indipendente. I Romani esprimono il possesso in senso giuridico con le parole *possessio,* o *possessio civilis*. Questo possesso giuridico o civile è garantito con apposite azioni possessorie *(interdicta),* anche quando il possessore è di mala fede e possiede senza giusto titolo. Che se il possesso è di buona fede e accompagnato da giusta causa, può condurre alla usucapione. Vi hanno adunque due specie di possesso giuridico, cioè il possesso *ad interdicta,* ed il possesso *ad usucapionem*. Quest' ultimo si chiama *civilis* per eccellenza, laddove la locuzione *naturalis possessio* sta nelle fonti talora ad indicare il possesso *ad interdicta,* talora la semplice detenzione.

---

[1] Sulle diverse opinioni a proposito del fondamento della tutela del possesso, vedi, oltre le opere citate alla nota 1, JHERING, *Sul fondamento della tutela del possesso.*

Possessio iusta e *iniusta*. — Questa distinzione si riferisce all'origine del possesso. Il possesso dicesi giusto, quando ha incominciato *nec vi, nec clam, nec precario*. Esso è ingiusto ossia vizioso, quando, al momento in cui comincia, è affetto dall'uno o dall'altro di quei tre vizi. Esiste il vizio della violenza, quando il possessore fece violenza al corpo o alla volontà del possessore precedente per spogliarlo del possesso. Esiste il vizio della clandestinità, quando si occultò l'atto di acquisto al possessore precedente per evitarne la resistenza. Esiste infine il vizio della precarietà, quando alcuno entra nel possesso perchè il possessore precedente glielo concedette coll'espressa facoltà di rientrare a suo piacimento nel possesso medesimo.

Il possesso ingiusto non può, in generale, essere opposto a colui di fronte al quale si possiede ingiustamente, ma produce effetti giuridici di fronte ai terzi. Così, per esempio, il ladro il quale, per essere possessore ingiusto, non cessa di avere il possesso giuridico, può difendersi colle azioni possessorie dai turbamenti arbitrari di qualunque terza persona che non sia la persona derubata: *adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* [1]. Appunto per questo, nella teoria del possesso poco importa che il possesso sia giusto o ingiusto: *in summa possessionis non multum interest, iuste quis, an iniuste possideat* [2].

Possessio bonae fidei e *malae fidei*. — La buona fede è la convinzione che nell'appropriarsi la cosa non si va contro il diritto, non si fa torto ad alcuno [3]. Di regola essa si manifesta nel convincimento di avere acquistato la proprietà *(opinio domini)* [4]; ma questo convincimento non è sempre necessario [5] nè sempre sufficiente a costituire la buona fede [6]. Se chi si appropria la

---

[1] Venuleius, fr. 53, *de adquir. vel amitt. poss.*, XLI, 2.

[2] Paulus, fr. 3, § 5, *de adq. v. am. poss.*, XLI, 2.

[3] Vedi più innanzi il § 67.

[4] Fr. 38, *de usurp.*, XLI, 3; fr. 1 pr. e fr. 5, *pro suo*, XVI, 10; fr. 20, § 6, *de her. pet.*, V, 3.

[5] Fr. 5, pr. *pro der.*, XLI, 7. Cfr. 2, § 2, *pro emt.*, XLI, 4; fr. 3, *pro dom.*, XLI, 6 e fr. 25, *de don. inter vir. et ux.*, XXIV, 1.

[6] Fr. 48, *de usurp.*, XLI, 3; fr. 7, § 6, *pro empt.*, XLI, 4; C. 6, Cod., *de pr. l. t.*, VII, 33.

cosa sa, o dovrebbe sapere, che commette un' ingiustizia, è possessore di mala fede.

La buona fede deve fondarsi sopra un errore scusabile. Di regola l' errore di diritto non scusa [1]. Del resto il possesso di buona o di mala fede non va confuso con la *possessio iusta* o *iniusta*. Si può essere possessori di buona fede ed avere un possesso ingiusto, per esempio quando taluno si impadronisce a viva forza di una cosa che crede appartenergli; e viceversa si può avere il possesso giusto ed essere di mala fede, per esempio quando si acquista una cosa da uno che si sa non essere il proprietario e non avere facoltà di disporre della cosa.

§ 50.

Condizioni obbiettive e subbiettive del possesso.

Il possesso che può, pel già detto, definirsi *un potere fisico sopra una cosa coll' intenzione di stare in rapporto diretto e indipendente con essa*, richiede due condizioni, cioè: 1° il potere fisico sopra una cosa *(corpus)*, e 2° l' intenzione di stare in rapporto immediato e indipendente con essa *(animus possidendi)*.

Corpus. — È necessario che si abbia la possibilità fisica di disporre della cosa ad esclusione d' ogni altro. Di qui viene che più persone non possono simultaneamente possedere la medesima cosa per intiero nel medesimo modo [2]. Ciò non toglie però che più persone possano avere insieme il compossesso della medesima cosa, poichè in questo caso non è la volontà di ciascuna di esse, ma la volontà comune, che dispone della cosa; i compossessori,

---

[1] Vedi sopra § 24.

[2] PAULUS, fr. 3, § 5, *de adq. poss.*, XLI, 2: *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.* Cfr. fr. 5, § 15, *commodati*, XIII, 6. — Tenuto fermo che l' impossibilità che *plures eandem rem in solidum possideant* si riferisce sempre alla concorrenza nelle relazioni medesime, si comprenderà come possano possedere contemporaneamente il creditore pignoratizio e il debitore che ha costituito il pegno, il precarista e chi concedette la cosa in precario, ecc. L' uno ha il possesso della cosa; l' altro della proprietà. Vedi il § 51, in fine.

conformemente alla loro volontà, godono in comune dei vantaggi derivanti dal possesso.

Dall'essere il possesso un potere fisico sulla cosa ne viene che non è possibile un possesso di cose incorporali [1]. Del pari non è ammesso, per cause naturali, il possesso di parti reali non divise di una cosa mobile, per esempio della testa o delle gambe di un cavallo [2]. Si ammette invece il possesso di parte reale di un fondo, giacchè in fatto essa sta da sè. Così si ammette pure il possesso di parti ideali ossia intellettuali di cose mobili non meno che di cose immobili, semprechè, s'intende, l'intenzione del compossessore sia diretta ad una parte intellettuale determinata, per esempio ad una terza o quarta parte, ad una metà, ecc. [3].

Per cause giuridiche poi non è ammesso il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà [4], e di quelle che formando parte integrante di un tutto hanno perduto la loro esistenza individuale [5].

Animus. — Il secondo requisito del possesso è l'intenzione di stare in rapporto diretto e indipendente con la cosa *(animus possidendi)* [6].

Coloro che sono assolutamente incapaci di volere, dovrebbero altresì essere incapaci di possedere. Invece si ammette che quelle persone, le quali, sebbene prive della facoltà naturale di volere, sono però capaci di avere proprietà, come le persone

---

[1] Sul così detto quasi possesso di diritti, vedi il § 56.

[2] PAULUS, fr. 8, *de rei vind.*, VI, 1.

[3] PAULUS, fr. 3, § 2, *de adq. v. am. poss.*, XLI, 2; POMPONIO, fr. 26, *h. t.*

[4] PAULUS, fr. 50, § 1, *h. t.*, XLI, 2; Cod. civ. ital., art. 690.

[5] Fr. 23, pr.; fr. 30, § 1, *de usurp.*, XLI, 3. Vedi sopra § 19.

[6] L'opinione comune, che l'*animus possidendi* sia il criterio distintivo tra il possesso giuridico e la detenzione, fu energicamente combattuta dallo JHERING, *Der Besitzwille*, Jena 1889. Egli sostiene che la accennata distinzione si fonda, secondo i giureconsulti romani, fatta eccezione di Paolo, non già sull'esistenza o sulla mancanza dell'*animus possidendi*, ma sui bisogni pratici, sulle esigenze del commercio; essi avrebbero ammesso il possesso dove si mostrava il bisogno della protezione possessoria, e invece semplice detenzione dove quel bisogno mancava. Contro la teoria dello Jhering vedi RICCOBONO in *Archivio giuridico*, L, 227-280.

giuridiche, gli infanti, i dementi e i pazzi, possano anche possedere. Queste persone acquistano il possesso mediante i loro rappresentanti [1].

Coloro che sono assolutamente incapaci di avere proprietà, come erano in diritto antico i figli di famiglia, sono altresì incapaci di possedere [2].

§ 51.

Acquisto del possesso.

Il possesso si acquista mediante l'attuazione dei due elementi che lo costituiscono, cioè la possibilità fisica di disporre della cosa *(corpus)* e l'intenzione di possederla *(animus)* [3].

Possibilità fisica di disporre della cosa (corpus, adprehensio). — Per avere questo potere fisico sulla cosa, non è necessario il contatto della cosa, nè d'altra parte questo basta sempre all'uopo; ma bisogna che la cosa venga posta in tale rapporto colla persona, che questa ottenga la possibilità immediata ed attuale di avere la cosa in suo potere.

Le fonti ci recano esempi numerosi e particolareggiati riguardo a questo requisito della *adprehensio*, sia quanto al possesso di fondi [4], sia quanto al possesso delle cose mobili [5], sia quanto al possesso di un animale ferito che si insegue [6].

Se la cosa è nel possesso di un altro, il potere fisico sulla medesima può acquistarsi con o senza il consenso del possessore.

---

[1] Fr. 1, §§ 9 e 22; fr. 2 e fr. 18, § 1, *h. t.*, XLI, 2; C. 29, VIII, 53.

[2] Fr. 49, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2. Fr. 93, *de reg. iuris*, L, 17.

[3] Paulus, fr. 3, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2: « *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore* ».

[4] Ulpianus, fr. 77, *de rei vind.*, VI, 1; Paulus, fr. 3, § 2, *de adq. vel amitt. poss.*, XLI, 2; Celsus, fr. 18, § 2, *h. t.*

[5] Paulus, fr. 1, § 21 e fr. 3, § 3, *h. t.*, XLI, 2; Papinianus, fr. 31, § 1, *de donat.*, XXXIX, 5; fr. 74, *de contr. empt.*, XVIII, 1 e fr. 44, *de adq. vel am. poss.*, XLI, 2; Javolenus, fr. 51, *h. t.*, XLI, 2 e fr. 79, *de solut.*, XLVI, 3; Celsus, fr. 18, § 2, *h. t.*, XLI, 2; Ulpianus, fr. 9, § 3, *de iure dotium*, XXIII, 3; Gaius, fr. 9, § 6, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[6] Gaius, fr. 5, § 5, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

Nella prima ipotesi si parla di consegna o tradizione, appunto perchè il precedente possessore trasferisce egli stesso il potere che aveva sulla cosa al nuovo possessore[1]. Nella seconda ipotesi esiste la speciale disposizione di legge che l'occupazione clandestina di un fondo non basta per l'acquisto del possesso.

Intenzione di possedere. — Questa intenzione può esser dichiarata espressamente, o risultare da altri atti; può esistere al momento stesso in cui si acquista il potere fisico sulla cosa, e può anche sopravvenire in seguito[2]. Se la deliberazione di possedere per sè una cosa che già si deteneva è presa col consenso di colui, in nome del quale si esercitava il potere fisico, si ha la così detta *traditio brevi manu*[3]. Se invece è presa contro il volere di colui, in nome del quale si esercita quel potere fisico, non basta da sola a fare acquistare il possesso, ma è necessario un atto esterno che indichi palesemente la mutazione di volontà e l'indichi in confronto dell'antecedente possessore[4].

Basta però la volontà di stare in rapporto diretto e indipendente con la cosa, senza cioè essere in rapporto diretto con altra persona, per mezzo di cui solamente si venga in rapporto con la cosa. Vi può esser quindi possesso giuridico anche senza la volontà di tener la cosa come propria. Il caso più importante è quello del creditore pignoratizio, il quale acquista il possesso giuridico delle cose consegnategli in pegno, sebbene non abbia intenzione di comportarsi quale proprietario[5]. Così pure si riconosce il possesso giuridico all'utente precario che ha implorato e ottenute questo possesso[6], e anche al sequestratario, a cui le parti hanno espressamente affidato il possesso[7]. Indubbiamente va collocato qui l'inventore di cosa smarrita, che la raccoglie

---

[1] Vedi più innanzi § 53.

[2] PAULUS, fr. 3, § 3, *de adq. vel amitt. poss.*, XLI, 2.

[3] La cosa si ha per consegnata *(res pro tradita est)*. CELSUS, fr. 62, pr. *de evict.*, XXI, 2; ULPIANUS, fr. 9, § 1, *de publ. act.*, VI, 2.

[4] PAULUS, fr. 3, § 18, *de adq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. Vedi § 53.

[5] Il pignorante conserva però il vantaggio dell'usucapione *(possessio ad usucapionem)*, il che ridonda a beneficio anche del creditore pignoratizio.

[6] ULPIANUS, fr. 4, § 1, *de precario*, XLIII, 26 e fr. 10, § 1, *h. t.*

[7] JULIANUS, fr. 39, *h. t.*, XLI; FLORENTINUS, fr. 17, § 1, *dep.*, XVI, 3.

con l'onesto fine di consegnarla a chi si dimostrerà proprietario.

È controverso se anche l'enfiteuta e il superficiario sieno possessori giuridici del fondo o soltanto quasi possessori del diritto di enfiteusi e di superficie.

§ 52.

Acquisto di possesso per mezzo di rappresentanti.

Il possesso si può acquistare anche per mezzo di un rappresentante. Perchè ciò avvenga si richiede, di regola, che concorra la volontà dell'acquirente. Vi sono però alcuni casi eccezionali in cui il possesso si acquista anche senza la volontà dell'acquirente. Esaminiamo separatamente le due ipotesi.

CONCORSO DELLA VOLONTÀ DELL'ACQUIRENTE. — Noi possiamo acquistare il possesso per mezzo di un terzo il quale ci supplisca nella *adprehensio* della cosa[1]. In tal caso possediamo anche quelle cose che un altro tiene nel suo potere fisico, semprechè egli abbia l'intenzione di avere la cosa per noi e noi abbiamo la volontà di possedere per mezzo di lui.

Primo requisito. — Il primo requisito per l'acquisto del possesso per rappresentare è che questi abbia l'intenzione di tenere la cosa per noi. Senza questa intenzione noi non acquistiamo il possesso[2]; è quindi assolutamente impossibile l'acquisto del possesso per mezzo di una persona incapace di volere[3]. Se poi quella volontà del rappresentante sussiste nel singolo caso, è questione di fatto da decidersi di volta in volta. A questo riguardo giova osservare che quando il rappresentante acquista per nostro incarico il potere fisico sopra una cosa, non è di assoluta necessità che abbia l'intenzione di acquistare il possesso immediatamente per noi, ma basta che acquisti per sè, purchè abbia l'intenzione di renderci possessori in seguito. Ciò

---

[1] PAUL., Sent. V, § 1: *Possessionem adquirimus animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.* Cfr. fr. 3, § 12, *de adq. poss.*, XLI, 2.

[2] Id., fr. 1, §§ 19-20, *h. t.*, XVI, 2.

[3] Id., fr. 1, §§ 9-10, *h. t.*, XVI, 2.

avviene, per esempio, nel caso di acquisto del possesso per mezzo di commissionari [1].

Nel caso che una cosa venga consegnata per noi al nostro rappresentante, basta che questi la riceva senza palesare una intenzione diversa, perchè il possesso sia da noi acquistato. E difatti coll' avere accettata la cosa sotto la dichiarazione del tradente, egli si appropria questa dichiarazione; ed una sua dichiarazione successiva di avere ricevuto la cosa per sè, anzichè per la persona dichiarata dal tradente, non sarebbe giuridicamente attendibile [2].

L' intenzione di avere la cosa per un altro può esistere fin dall' origine, o può essere manifestata in seguito, inquantochè colui, che fino a quel momento possedeva una cosa per sè, prende la risoluzione di voler ritenere la cosa per noi. Questo caso si conosce sotto il nome di *constitutum possessorium* [3].

Secondo requisito. - Il secondo requisito per acquistare il possesso per mezzo di un rappresentante, è che anche noi vogliamo possedere la cosa che il rappresentante tiene in nostro nome. Il modo più frequente e più importante di manifestare questa nostra volontà è l' incarico dato al nostro rappresentante di prendere per noi il possesso della cosa. Quest' incarico può consistere in un mandato speciale riguardo ad una cosa deter-

---

[1] Così si spiega l' apparente antimonia dei seguenti passi delle Pandette: NERATIUS, fr. 13, pr. *de adq rer. dom.*, XLI, 1; ULPIANUS, fr. 20, § 2, *cod.*; CALLISTRATUS, fr. 59, *cod.*; ULPIANUS, fr. 42, § 1, *de adq. vel am. poss.*, XLI, 2; SCAEVOLA, fr. 135, § 2, *de verb. obl.*, XLI, 1. Cfr. Codice di commercio, art. 380 e seg. L' ALIBRANDI (*op. cit.*), ritiene che il fr. 13 pr. sia interpolato e trova giusto il principio sancito nel fr. 57, § 6, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1, che nè la proprietà nè il possesso si acquistano al mandante se il procuratore non ricevette la cosa con animo a ciò diretto; il fr. 13 pr. sarebbe una semplice anomalia suggerita da una benigna equità e dovuta molto probabilmente ai compilatori.

[2] ULPIANUS, fr. 13, *de donat.*, XXXIX, 5. Non vi osta il fr. 37, § 6, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1 (di GIULIANO): ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 140, nota 5.

[3] Il costituto possessorio è precisamente il rovescio della *traditio brevi manu*, di cui abbiamo parlato al § 51. La *traditio brevi manu* converte il detentore in possessore giuridico, mentre il costituto possessorio converte il possessore in detentore. Fr. 18, pr. *de adq. vel am. poss.*, XLI, 2.

minata, o può essere implicitamente compreso nel mandato generale di amministrare le nostre sostanze [1].

ACQUISTO DEL POSSESSO PER MEZZO DI RAPPRESENTANTI SENZA LA VOLONTÀ DELL'ACQUIRENTE. — Come abbiamo osservato, la regola che per l'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti si richiede il concorso della volontà dell'acquirente, soffre alcune eccezioni. Esse sono le seguenti: Le persone giuridiche acquistano di pieno diritto il possesso per mezzo dei loro rappresentanti, sebbene esse, nella loro qualità di persone fittizie, sieno prive di volontà ed incapaci quindi di acconsentire all'acquisto dal possesso [2]. Lo stesso dicasi dei pupilli che acquistano il possesso mediante il loro tutore [3]. Possono finalmente servir di mezzo per l'acquisto anche gli schiavi ed i figli di famiglia, quando prendono possesso di una cosa in occasione dell'amministrazione del peculio loro affidato dal padre di famiglia [4].

§ 53.

Perdita del possesso.

Il possesso si perde con la cessazione dell'uno o dell'altro dei due elementi che lo compongono [5]. Tuttavia non basta che il potere fisico sulla cosa o l'intenzione di possederla abbiano sofferto una momentanea interruzione, perchè quei due elementi possano dirsi distrutti, ma occorre un fatto contrario [6], che ci ponga

---

[1] È in questo senso che si legge nelle fonti che « *per procuratorem etiam ignoranti adquiritur possessio* » (§ 5, *Inst.*, II, 9; fr. 49, § 2, *de adq. poss.*, XLI, 2; fr. 47, *de usurp.*, XLI, 3).

[2] PAULUS, fr. 1, § 22, *h. t.*; ULPIANUS, fr. 2, *h. t.* e fr. 7, § 2, *ad exh.*, X, 4.

[3] NERATIUS, fr. 13, § 1, *de a. r. d.*, XLI, 1; PAULUS, fr. 1, § 20, *h. t.*

[4] PAULUS, fr. 1, § 5 e fr. 3, § 12, *h. t.*, XLI, 2; ULPIANUS, fr. 4, *eod.*; JAVOLENUS, fr. 24, *eod.*; PAPINIANUS, fr. 44, § 1, *eod.*

[5] PAPINIANUS, fr. 44, § 2, *h. t.*, XLI, 2: ... *possessionem amitti vel animo vel etiam corpore.* PAULUS, fr. 3, § 6, *eod.*: *In amittenda quoque possessione affectio eius, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.*

[6] PAULUS, fr. 153, *De reg. iuris*, L, 17; fr. 8, *h. t.*

nella positiva impossibilità di esercitare quel potere fisico sulla cosa[1], o provi la nostra intenzione di non voler più possedere[2].

Per il possesso dei fondi poi vale la regola speciale che se l'impossibilità di esercitare il nostro potere sui medesimi proviene dall'occupazione altrui, non ne perdiamo il possesso, se non quando avuta notizia dell'occupazione, o tentiamo inutilmente di mantenere il possesso e siamo quindi costretti a deporne il pensiero, oppure vi rinunciamo affatto manifestando così di perderlo volontariamente[3].

Il possesso si reputa abbandonando anche quando il possessore ha lungo tempo negletta la cosa, o l'ha tenuta in guisa manifestamente incompatibile con la volontà di averla ancora come propria[4].

Il possesso che esercitiamo per mezzo di un rappresentante si perde in primo luogo quando prendiamo la risoluzione di non voler più possedere, o in secondo luogo quando il nostro rappresentante è posto nell'impossibilità di esercitare il suo potere fisico sulla cosa o manifesta di non volere più possedere per noi[5].

---

[1] Così il possessore di un fondo ne perde il possesso se è ritenuto prigioniero nel medesimo, per esempio, vi è incatenato e così non può disporre a suo beneplacito; o se per timore di futura violenza è obbligato ad abbandonarlo: o se ne è espulso per violenza. ULPIANUS, fr. 1, § 47, *de vi,* XVIII, 16 e fr. 13, pr. *de adq. vel am. poss.,* XLI, 2: PAULUS, fr. 4, § 2, *de usurp.,* XLI, 3; GAIUS, fr. 15. *de adq. vel am. poss.,* XLI, 2; POMPONIUS, fr. 25, § 2, *eodem.*

[2] ULPIANUS, fr. 17, § 1, *h. t.;* PAULUS, fr. 30, § 4, *h. t.* (Vedi anche i testi riferiti nella nota 4). Non perde il possesso *solo animo* se non chi abbia la capacità di volere ed agire. PROCULUS, fr. 27, *h. t.,* XLI, 2: *Si is, qui animo possessionem saltus retineret furere coepisset, non potest, dum furaret, eius saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.* Cfr. il § 29, *cod.* Se il possessore rinunci al possesso all'unico fine di trasferirlo ad un altro, la trasmissione è condizionata all'acquisto per parte di quest'ultimo. Fr. 31, pr., XVI, 2 (ULPIANUS). Sull'apparente antinomia fra questo passo di Ulpiano e il fr. 18, § 1, *cod.,* di Celso, vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette,* I, § 143, nota 4.

[3] Fr. 6, § 1; fr. 7; fr. 18, § 3; fr. 25, § 2 e fr. 46, *h. t.,* XLI, 2.

[4] GAIUS, fr. 37, § 1, *de usurpat.,* XVI, 3, C. 8 e 11. Cod., *de agro deserto,* XI, 59. Cfr. fr. 40 e 47, *h. t.,* XLI. 2.

[5] ULPIANUS, fr. 1, § 22, *de vi,* XLIII, 16; PAULUS, fr. 3, § 18, *h. t.* Se il nostro rappresentante muore, o diventa incapace di volontà, o cessa di detenere, non perdiamo il possesso, ma si richiede ch'egli manifesti con un atto esteriore di non voler più possedere per noi, C. 12, *h. t.*

§ 54.

Delle azioni possessorie[1].

Diconsi azioni possessorie quelle che hanno per iscopo di tutelare il possesso contro gli attentati che lo turbano o lo distruggono. Il pretore introdusse due categorie diverse di azioni possessorie contro quelle due specie di attentati arbitrari cioè gli *interdicta retinendae possessionis* e gli *interdicta recuperandae possessionis*. A questi si trovano coordinati nelle Istituzioni[2] gli *interdicta adipiscendae possessionis*, ma siccome non servono a tutelare il possesso, ma ad acquistare un possesso non mai avuto, così non può dirsi che appartengano alle azioni possessorie vere e proprie.

INTERDICTA RETINENDAE POSSESSIONIS. — Questi interdetti sono accordati al possessore che è turbato nel suo possesso. Il possesso dicesi turbato quando la volontà di un terzo si mette in contrasto colla volontà del possessore, sia che il terzo eserciti egli stesso il suo potere sulla cosa[3], sia ch'egli impedisca al possessore di esercitare il proprio[4]. Da siffatte turbative nasce nel possessore il diritto di richiedere la cessazione delle medesime, ossia la conservazione del possesso e la riparazione dei danni sofferti per la turbativa[5].

Nel diritto antico gli interdetti *retinendae possessionis* erano due, cioè l'*interdictum uti possidetis* per le cose immobili, e

---

[1] GLÜCK, *Comm. alle Pandette* (continuato da A. UBBELOHDE), libro XVIII, trad. da V. POUCHAIN, Milano 1897.

[2] § 2, Inst., *de interdictis*, IV, 15; GAI., IV, 143.

[3] Per esempio: taluno scava un fosso nel fondo da me posseduto, o vi passa, o vi semina, o vi fabbrica sopra, o vi fa entrare il fumo del suo camino, ecc.

[4] Per esempio: taluno mi impedisce di fabbricare sul fondo da me posseduto, o di farvi riparazioni, o di disporre delle piante che vi crescono, ecc.

[5] ULPIANUS, fr. 3, §§ 9 e 11, *uti possidetis*, XLIII, 17. Nell'antico diritto romano non si poteva chiedere la riparazione del danno che per le turbative avvenute dopo la pronunzia dell'interdetto (vedi § 42).

l' *interdictum utrubi* per le cose mobili. Il loro nome corrisponde, rispettivamente, alle prime parole dell' interdetto. Nell' interdetto *uti possidetis* vinceva colui che al momento della pronunzia dell' interdetto *(interdicto reddito)* possedeva *nec vi, nec clam, nec precario* di fronte al proprio avversario. Nell' interdetto *utrubi* invece non si aveva riguardo al possesso presente, ma la vittoria era attribuita a colui che aveva posseduto per più lungo tempo nell' anno precedente all' interdetto, semprechè anche in questo caso il possesso non fosse stato vizioso di fronte all' avversario [1]. Nel diritto giustinianeo sono sparite tutte le differenze fra questi due interdetti; essi vengono regolati dagli stessi principii, e tanto nell' uno quanto nell' altro trionfa chi al momento della contestazione della lite possiede in modo non vizioso di fronte all' avversario [2].

Chi intende valersi degli interdetti *retinendae possessionis* deve provare che al momento della turbativa egli era nel possesso della cosa, e che il convenuto lo ha turbato o lo turba in quel suo possesso.

Quanto al primo requisito non basta che l' attore detenga semplicemente la cosa, poichè il semplice detentore (come, per esempio, il conduttore, il depositario, il comodatario) deve rivolgersi a colui, in nome del quale detiene, affinchè quest' ultimo promuova l' azione possessoria in vece sua [3]. Non è poi necessario che il suo possesso sia giusto, purchè il vizio non esista di fronte all' avversario, altrimenti questi può sottrarsi con una eccezione alla domanda dell' attore [4].

Per quello che riguarda il secondo requisito non occorre che sia stata usata violenza contro la persona del possessore, ma basta che il convenuto abbia agito contro la sua volontà, cioè senza il suo permesso [5]. Così pure non è requisito essenziale che l' autore delle molestie contesti il possesso dell' attore e pretenda

---

[1] Gai., IV, 150 e 152; Paul., *Sent.*, V, 6, § 1; *Vat. Fragm.*, 293.

[2] § 4, Inst., *de int.*, IV, 14 e fr. un., *utrubi*, XLIII, 31.

[3] Fr. 3, § 8, *uti poss.*, XLIII, 17 comp. col fr. 20, *de vi*, XLIII, 16.

[4] Fr. 1, pr. *uti poss.*, XLIII, 17 e § 4, Inst., *de int.*, IV, 15.

[5] Fr. 11, *de vi*, XLIII, 16 comp. col fr. 8, § 5, *si serv.*, VIII, 5.

di essere egli il vero possessore [1]. Ciò per altro si verifica nella maggior parte dei casi, specialmente quando si tratta del possesso di fondi. Allora il convenuto oppone che la pretesa turbativa del possesso dell' attore non è che l' esercizio del proprio possesso, e per conseguenza diventa alla sua volta attore, e chiede, come tale, non solo la sua assoluzione, ma eziandio la condanna dell' avversario [2]. La vittoria è di colui che riesce a provare il suo possesso.

Il più delle volte poi gli interdetti *retinendae possessionis* servono d' introduzione al giudizio petitorio, cioè al processo sulla proprietà [3]. E difatti nelle questioni di proprietà l' azione rivendicatoria si promuove dal proprietario che non possiede contro il possessore non proprietario. È quindi assai importante sapere chi sia il possessore e chi come tale possa sostenere la parte molto comoda di convenuto, e chi invece debba assumersi la parte molto gravosa di attore, dappoichè questi, per vincere, deve provare il suo diritto di proprietà, ciò che riesce quasi sempre estremamente difficile.

---

[1] Questo è un punto assai controverso. Vedi ARNDTS-SERAFINI. *Pandette,* I, § 171; VANGEROW, *Pandekten,* I, § 366. — Secondo la giurisprudenza italiana non vi è molestia senza l' elemento intenzionale di offendere l' altrui possesso: escluso questo elemento, il danno recato può dar luogo ad un' azione di risarcimento, ma non a quello di manutenzione in possesso. Cass. Torino, 30 marzo 1910 (*Giur. Torino,* 1910, 689), e 5 aprile 1910 (*Giur. Torino,* 1910, 896).

[2] L' *interdictum* in questi casi dicesi *duplex* (GAI., IV, 160; § 7, Inst., *de int.,* IV, 15; fr. 3, § 1, *uti poss.,* XLIII, 17). Nella formula dell' interdetto la proibizione era diretta ad ambe le parti, appunto perchè il pretore aveva provveduto per la generalità dei casi (fr. 1, D, *uti poss.,* XLIII, 17). Vedi il § 37.

[3] Questa funzione preparatoria degli interdetti *retinendae possessionis* è di tale importanza che nel corpo del diritto civile giustinianeo si parla quasi esclusivamente di essa (§ 4, Inst., *de int.,* IV, 15, comb. col fr. 1, §§ 2 e 3, *uti poss.,* XVIII, 17), il che indusse alcuni autori a non considerare gli interdetti *retinendae possessionis* che da questo solo punto di vista. Vedi in questo senso la Cass. di Firenze, 13 febbraio 1882 (*Annali,* XVI, I, 127). La teoria dominante riguarda poi questa funzione degli interdetti *retinendae possessionis,* in ispecie dell' *uti possidetis,* come l' originaria e fondamentale. Vedi BARON, *Pandekten,* § 120.

Infine avvertiremo che gli interdetti *retinendae possessionis* devono farsi valere entro un anno dalla turbativa [1]; ma se l'autore delle molestie siasi arricchito a danno del possessore, l'azione per chiedere la restituzione dell' indebito arricchimento dura per lo spazio ordinario di trent' anni [2].

Gli interdetti *retinendae possessionis* hanno anche funzione recuperatoria. Questo è evidente per l'interdetto *utrubi*, che si accordava anche al non possessore. Ma anche l'interdetto *uti possidentis* ha tale efficacia, quando l'uno è possessore vizioso rispetto all'avversario; questi attualmente non più possessore, viene così a riacquistare il possesso [3].

INTERDICTA RECUPERANDAE POSSESSIONIS. — Questi interdetti, accordati a chi è stato spogliato per violenza, o per l'ingiusto rifiuto a restituire la cosa da parte di chi l'ha avuta per concessione precaria, sono due, cioè: *interdictum de vi*, e *interdictum de precario*.

Interdictum de vi. — L'interdetto *de vi* è accordato a chi è stato violentemente spogliato del possesso di un immobile [4]. Non è poi necessario che la violenza sia esercitata a mano armata, o che consista in vie di fatto più o meno gravi, ma basta sia tale che il possessore non abbia potuto resistervi e sia stato impedito sotto l'influenza della forza, di continuare il suo possesso. Così pure non importa che la violenza sia stata usata dallo stesso spogliatore, o per mezzo di altri, come non importa che lo spogliatore abbia agito in nome proprio o in nome altrui [5].

---

[1] ULPIANUS, fr. 1, pr. *uti poss.*, XVIII, 17.

[2] PAULUS, fr. 4, *de interd.*, XLIII, 1.

[3] GAI., IV, 166 e seg.; ULPIANUS, fr. 1, § 9 e fr. 3, pr. *uti possid.*, XLII, 17; VENULEIUS, fr. 53, *de adq. poss.*, XLI, 2.

[4] L'interdetto *de vi* è limitato agli immobili e non si estende punto alle cose mobili (fr. 1, §§ 3-8, *de vi*, XLIII, 16). La Cost. 7, Cod., *unde vi*, VIII, 4, addotta da alcuni per provare che l'interdetto *de vi* si applica anche alle cose mobili, contiene soltanto il divieto di farsi giustizia da sè. Per ricuperare il possesso delle cose mobili serviva nel diritto antico l'*interdictum utrubi*. Nel diritto giustinianeo esistono altri rimedi di legge.

[5] ULPIANUS, fr. 1, §§ 12-15 e fr. 3, §§ 10-12, *de vi*, XLIII, 16.

L'interdetto *de vi* ha per scopo di ottenere la restituzione del possesso e la riparazione di tutti i danni[1]. Attore non può essere se non chi aveva il possesso giuridico[2], e convenuto il *deiciens*, conservi o no il possesso[3]. Scorso un anno dall'espulsione, l'autore è tenuto solo *de eo, quod ad eum pervenerit*[4]. I suoi eredi non rispondono in alcun caso oltre questo arricchimento, anche se citati entro l'anno; e così dicasi di colui, in nome del quale è avvenuta l'espulsione, semprechè egli non l'abbia ordinata o ratificata[5]. Prescindendo da questo caso, il terzo possessore non è mai tenuto con l'interdetto *de vi*[6]. Contro l'interdetto *de vi* non è ammessa l'eccezione che l'attore possiede in modo vizioso di fronte al convenuto[7].

L'interdictum de precario. — L'interdetto *de precario* è accordato per la restituzione di una cosa concessa ad altri sotto condizione di poterla riprendere ad arbitrio. Se il concessionario rifiuta la restituzione della cosa, il concedente può chiederla coll'interdetto *de precario* in appoggio appunto al suo possesso anteriore, senza bisogno di fondarsi, come ne avrebbe diritto, sul rapporto contrattuale esistente fra lui e il precarista[8].

Nel diritto antico vi era anche *l'interdictum de clandestina possessione*, che, riguardo alle usurpazioni clandestine di immobili, aveva la medesima funzione che l'interdetto *de vi* in caso di espulsione violenta; ma stabilito il principio che il possesso di

---

[1] Ulpianus, fr. 1, §§ 31-41, e Paulus, fr. 6, *de vi*, XVIII, 16.

[2] Id., fr. 1, §§ 9, 23-26, *de vi*, XLIII, 16; C. 1, Cod., VIII, 6.

[3] Id., fr. 1, § 42, *de vi*, XLIII, 16.

[4] Id., fr. 1, pr. *de vi*, XLIII, 16.

[5] Id., fr. 1, §§ 15 e 19, *de vi*, XLIII, 16.

[6] Paulus, fr. 7, *de vi*, XLIII, 16; Ulpianus, fr. 3, § 10, *uti possid.*, XLIII, 17.

[7] § 6, Inst., *de interd.*, IV, 15. Nel diritto antico l'eccezione era esclusa soltanto nel caso della *vis armata*. Vedi Savigny, § 40.

[8] Ulpianus, fr. 2, *de prec.*, XLIII, 26. Nel diritto antico non nasceva azione contrattuale dal precario, ed appunto per questo si introdusse l'interdetto *de precario* (Paulus, fr. 14, *loc. cit.*). Nel diritto classico il precario è considerato anche come un rapporto obbligatorio (Ulpianus, fr. 2, § 2, e Julianus, fr. 19, § 2, *de precario*, XLIII, 26).

immobili non si perde all'insaputa del possessore, tale interdetto divenne superfluo.

Accanto alle azioni possessorie la legge accorda altri rimedi per ottenere la restituzione del possesso di cui siamo stati ingiustamente spogliati, e sono le ordinarie azioni *(condictiones)*.

Queste si fondano sul principio che nessuno deve arricchirsi senza giusta causa a danno degli altri [1], e competono a chiunque sia stato spogliato del suo possesso per l'arbitrio altrui senza distinzione fra cose mobili ed immobili. Esse hanno speciale importanza nel caso che il possessore venga violentemente spogliato del possesso di cose mobili, dappoichè riguardo a queste non ha luogo l'interdetto *de vi;* così pure nel caso che un comodatario, depositario o conduttore rifiutino la restituzione della cosa [2].

§ 55.

Azioni possessorie secondo il Codice civile.

Anche il nostro Codice civile riconosce due azioni possessorie, cioè l'azione di manutenzione e l'azione di reintegrazione del possesso: ma queste due azioni si distinguono in molti punti dagli interdetti conservatorii e recuperatori del diritto romano.

AZIONE DI MANUTENZIONE. — L'articolo 694 dispone che «chi trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato, può entro l'anno della molestia chiedere la manutenzione del medesimo».

Il primo requisito per intentare l'azione possessoria di manutenzione è il possesso oltreannuale [3]. Il giorno in cui si co-

---

[1] ULPIANUS, fr. 1, § 3, *de cond. sine causa*, XII, 7: *Constat id demum se condici alicui, quod non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam.*

[2] JULIANUS, fr. 19, § 2, *de prec.*, XLIII, 26; PAULUS, fr. 13, § 1, *depo-*, XVI. 3 e fr. 3, *de cond. furt.*, XIII, 1; ULPIANUS, fr. 7, § 2, fr. 8, pr. § e fr. 10, pr. *eod.*

[3] Questo requisito è affatto estraneo al diritto romano.

minciò a possedere non si conta, e il giorno in cui l'anno spira deve essere completo. Il possesso che eccede l'anno anche in un solo istante è sufficiente, e il possessore può unire al suo possesso quello del suo autore (art. 693).

Il secondo requisito è il possesso legittimo. Non basta adunque il possesso giuridico, come in diritto romano, ma è necessario che sia anche continuo, non interrotto, pacifico, pubblico e non equivoco (art. 656).

Il possessore attuale, che provi di aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario (art. 691); il possesso attuale però non fa presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo; nel qual caso si presume avere egli posseduto dalla data del suo titolo, se non è provato il contrario (art. 692). Questo titolo non può venire invocato che per colorire il possesso, non mai per dimostrare di aver diritto di possedere, poichè altrimenti l'azione eccederebbe i limiti di un'azione possessoria e diventerebbe petitoria [1].

Il terzo requisito riguarda l'oggetto, che dev'essere o un immobile, o un diritto reale, ovvero una *universalità di mobili*, mentre per diritto romano gli interdetti *retinendae possessionis* si estendevano anche alle cose mobili prese singolarmente.

Come in diritto romano, così anche pel Codice civile l'azione di manutenzione dev'essere esperimentata entro l'anno dalla molestia, ed ha per iscopo di far mantenere nel possesso chi è stato in quello molestato, cioè, o di far cessare le molestie se il molestato ritiene ancora il possesso di fatto o di farglielo restituire se ne fu privato [2], senza pregiudizio delle ragioni che le parti sieno rispettivamente per far valere nell'eventuale giudizio petitorio. Il molestato può chiedere inoltre il risarcimento dei danni sofferti, secondo il principio generale che chiunque con un suo fatto colposo reca un danno ad altri è obbligato a risarcirlo (art. 1151).

---

[1] Cfr. C. P. C., 443-444.

[2] Cass. Torino, 7 settembre 1910 (*Foro it.*, 1910, I, 42), e 10 settembre 1910 (*Foro it.*, 1910, I, 463).

L'azione di manutenzione si può esperimentare non solo contro l'autore delle molestie e contro i suoi eredi, ma perfino contro i terzi detentori, a differenza del diritto romano, che accordava l'interdetto *retinendae possessionis* soltanto contro l'autore delle molestie.

AZIONE DI REINTEGRAZIONE. — L'articolo 685 dispone che « chi è stato violentemente o occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo ».

Il fondamento dell'azione possessoria di reintegrazione consiste nel delitto di colui, che con atti violenti od occulti commette lo spoglio. Due sono gli estremi della medesima, cioè il possesso avuto e lo spoglio violento o clandestino. Non è però necessario che il possesso sia legittimo ed oltreannale, quale richiedesi per l'azione di manutenzione, ma basta un possesso qualunque, anche momentaneo e vizioso, e, secondo l'opinione più ricevuta, perfino il possesso naturale, ossia la semplice detenzione[1].

L'azione di reintegrazione si applica non solo ai beni immobili come l'interdetto *de vi* dei Romani, ma eziandio alle cose mobili e ai diritti reali[2], e compete contro chiunque sia reo di spoglio[3] e contro gli eredi di lui, fosse pur egli il proprietario della cosa[4].

---

[1] Cass. Torino, 22 dicembre 1910 (*Mon. Trib. Mil.*, 1911, 9), e 16 dicembre 1910 (*Giur. Torinese*, 1911, 680), e 18 marzo 1911 (*Mon. Trib. Mil.*, 1911, 667).

[2] Cass. Firenze, 28 novembre 1910 (*Legge*, 1911, 347); Cass. Palermo, 27 ottobre 1896 (*Circolo giur.*, 1896, 384).

[3] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 173, nota 7 e le autorità ivi citate. [Cfr. Cass. Torino, 16 dicembre 1910 (*Giur. Torino*, 1911, 680), e 22 dic. 1910 (*Mon. Trib. Mil.*, 1911, 9), e 6 novembre 1909 (*Giur. Torino*, 1910, 193). Ma, per giurisprudenza prevalente, non sono ammesse le azioni possessorie contro gli atti d'impero dell'autorità amministrativa].

[4] L'art. 696 dispone che « la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio ». L'origine di questa disposizione si deve ripetere dal diritto canonico, di cui è regola: *spoliatus ante omnia restituendus* (can. 7 e 17, X, *de restitut. spoliat.*, II, 13). Vedi RUFFINI, *L'actio spolii*, Torino 1889.

Del resto, l'azione di reintegrazione concorda con quella di manutenzione in ciò, ch'essa pure dev'essere proposta entro l'anno dal sofferto spoglio, che la pronunciata reintegrazione nulla pregiudica le ragioni delle parti in giudizio petitorio, e che per ultimo ambedue le dette azioni possessorie spettano esclusivamente alla giurisdizione speciale dei pretori, qualunque sia il valore della causa[1].

Quanto all'azione di reintegrazione è poi da osservare che la reintegrazione nel possesso non esclude l'esercizio dell'azione di manutenzione da parte di qualunque possessore legittimo (art. 697). Questo articolo riserva l'azione di manutenzione al possessore legittimo nei casi di spoglio violento e clandestino, e ciò prova che l'azione di manutenzione può avere anche un'efficacia recuperatoria.

Del resto, che il Codice civile protegga il possessore legittimo contro qualunque specie di spoglio si induce da ciò che lo protegge contro ogni genere di molestia, e sarebbe strano che egli fosse difeso di fronte alle turbative più lievi e non di fronte alle più gravi. È chiaro poi che l'azione di reintegrazione è un mezzo eccezionale di difesa più energico e più rapido, concesso pei casi più gravi di spoglio; per gli altri basta che la protezione sia limitata al possesso legittimo oltreannale e si spieghi con una procedura più calma e più lenta.

§ 56.

Possesso dei diritti[2].

Nei paragrafi precedenti si è considerato il possesso come un potere fisico sopra una cosa. Accanto a questo potere fisico si può concepire un potere più limitato, uno stato di fatto, che corrisponde al contenuto di un determinato diritto, ed attribuirgli certe conseguenze giuridiche. Ciò dicasi in ispecie dei diritti

---

[1] Cod. di proc. civ., art. 82, n. 2.

[2] Vedi BRINI, *Possesso delle cose e dei diritti*, Roma 1888.

reali sulle cose altrui *(iura in re aliena)*[1]. Ed è appunto ciò che fecero i Romani, riguardo a certi diritti sulle cose che ammettono un esercizio continuato [2], quali sono per l'appunto le servitù, e, secondo molti, anche la enfiteusi e la superficie [3]. L'esercizio di questi diritti reali frazionari produce conseguenze giuridiche analoghe a quelle che vanno congiunte al potere fisico e porta anch'esso il nome di possesso, cioè possesso di diritti, ossia *iuris quasi possessio.*

Il diritto canonico e la pratica del fôro estesero il quasi possesso ai diritti episcopali, alle decime, ai diritti doganali e ad altri diritti pubblici, e così fece anche il Codice civile che definisce il possesso « la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha per se stesso o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui » (art. 685).

Per l'acquisto e la perdita del possesso dei diritti, valgono in massima i medesimi principii che pel possesso corporale.

Della tutela di questo possesso dei diritti ossia delle azioni quasi possessorie tratteremo nell'esposizione dei singoli diritti a cui si riferiscono (§§ 85, 87, 90 e 98).

---

[1] Nella proprietà, come in quella che comprende la cosa tutta quanta, l'esercizio materiale del diritto ci si presenta quale un possesso della cosa stessa (*possessio corporis*) ed è quindi naturale che di qui si svolgesse intiera la teoria del possesso; ma ciò non è negli altri diritti reali, perciocchè in essi si indica come oggetto del possesso niente altro che il diritto stesso preso astrattamente (*iuris quasi possessio*). Perciò si distingue il possesso delle cose corrispondente alla proprietà (possesso corporale) e il possesso dei diritti reali di godimento (quasi possesso dei diritti). Così l'ARNDTS, *Pandette*, I, § 129.

[2] Resta escluso il diritto di ipoteca, appunto perchè non ammette un esercizio continuato. E di fatti il creditore ipotecario può vendere la cosa, ma questo è un atto che non si ripete. Si obbietterà ch'egli può immettersi nel possesso della cosa per passare alla vendita della medesima, ma questo è per lo appunto un atto passeggero. Il creditore pignoratizio, è considerato come possessore corporale.

[3] È molto controverso se l'enfiteuta e il superficiario abbiano soltanto il quasi possesso del diritto d'enfiteusi e di superficie (*iuris quasi possessio*), o se abbiano il possesso giuridico della cosa (*corporis possessio*).

CAPO II.

Della proprietà.

§ 57.

Nozione ed oggetto della proprietà [1].

La proprietà *(dominium, proprietas)* è quel diritto reale, in forza del quale una persona *(dominus, proprietarius)* ha su di una cosa corporale un potere immediato ed indipendente limitato solo in senso negativo; nel senso cioè che il proprietario può disporre materialmente e giuridicamente della cosa sino a non si opponga un diritto frazionario di altri sulla cosa stessa o una disposizione di legge (limitazioni legali). Perciò può dirsi che la proprietà è un potere immediato di una persona su di una cosa (corporale), almeno virtualmente universale. E difatti mentre il proprietario ha la possibilità giuridica di disporre della cosa sua come più gli aggrada e d' impedire che altri disponga della medesima, può darsi benissimo che su quella cosa stessa competano ad altri dei diritti *(iura in re aliena)* senza che perciò sia distrutto il concetto di proprietà. Come a tale concetto neppure contraddice il fatto che la legge imponga restrizioni all' esercizio del diritto di proprietà, nella stessa guisa che non resta distrutto il concetto della libertà pel semplice fatto che noi dobbiamo adempiere gli obblighi corrispondenti ai diritti di altre persone, e siamo soggetti alle prescrizioni generali della legge. L' essenziale è che, cessato il limite, la proprietà torna *ipso iure* alla sua primitiva estensione.

Oggetto della proprietà sono le cose corporali e in certo senso le universalità di cose. Le cose incorporali come, per esempio, i crediti, non sono suscettive di proprietà. Anche il diritto d'au-

---

[1] Sulla proprietà romana è imminente la pubblicazione (per cura della Società Editrice Athenaeum), di un trattato del prof. Vittorio Scialoja. Cfr. inoltre: Brugi B., *Della proprietà,* vol. I, Napoli 1911.

tore sulle produzioni dell'ingegno non cade sotto il concetto di proprietà [1].

§ 58.

Restrizioni legali al diritto di proprietà [2].

La legge impone all'esercizio del diritto di proprietà alcune restrizioni, in conseguenza delle quali il proprietario è tenuto a non fare o a soffrire qualche cosa. Le principali restrizioni sono le seguenti:

Corso delle acque. — Il proprietario del fondo inferiore deve soffrire che le acque del fondo superiore scorrano sul suo quando vi si scaricano naturalmente, sebbene vi rechino danno, e viceversa il proprietario del fondo superiore non può erigere alcuna opera per la quale venga mutato il corso delle acque, a pregiudizio del fondo inferiore [3].

Accesso forzato. — In generale il proprietario deve permettere che altri si rechi nel fondo di lui in ogni caso in cui sia riconosciuta la necessità, sia per riparare un muro o altra opera,

---

[1] Cod. civ., art. 437; R. Decreto 19 settembre 1882, n. 1012.

[2] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 131. Pel Codice civile vedi BIANCHI, *Delle servitù legali*, Lanciano 1888, e CIMBALI, nell'*Archivio giur.*, XXIV, 151.

[3] ULPIANUS, fr. 1, e PAULUS, fr. 2, D., *de aqua et aquae pluv. arc.*, XXXIX, 3, combin. col fr. 8, § 5, *si serv. vind.*, VIII, 5 (ULPIANUS). Cod. civ., art. 536 e seguenti. Vedi la Cass. di Torino, 29 dicembre 1877 (*Giurispr. di Torino*, XV, 147): « La [così detta] servitù di scolo naturale, di cui parla l'art. 536 del Cod. civ., va limitata alle acque che scolano naturalmente dal fondo superiore nell'inferiore. Essa è quindi illegittimamente aggravata quando rimuovendosi un riparo naturale (un rialzo di terreno) o anche un riparo artificiale, ma vetusto, p. es. un antico fosso o canale, l'acqua superiore scende nel fondo inferiore in maggior copia o con maggior forza. Poco importa che il proprietario superiore non abbia rimosso gli ostacoli con dolo ed abbia operato per la maggiore coltivazione del fondo proprio. L'interesse dell'agricoltore non deve avere la prevalenza assoluta, ma deve essere tutelato conciliando l'esercizio del diritto proprio col rispetto della proprietà altrui ». Cfr. Cass. di Torino, 28 gennaio 1884 (*Giurispr. di Torino*, XXI, 245; *Legge*, 1884, II, 120); 30 giugno 1910 (*Giurispr. Torino*, 1910, 1529).

sia per raccogliere quello che fosse caduto in esso, salvo però al proprietario medesimo il diritto di ritenzione sugli oggetti caduti pel danno risentito[1]. In particolare poi quanto ai frutti, il proprietario del fondo deve permettere al vicino di raccogliere ogni tre giorni, cioè ai giorni alternati, i frutti che dall'albero di lui caddero nel proprio fondo; e quando il proprietario del fondo vi si rifiutasse, il vicino, per raccogliere i suoi frutti, potrebbe invocare l'*interdictum de glande legenda*[2].

Passaggio forzato. — Il proprietario è obbligato a permettere il passo sul fondo a chi non avrebbe altrimenti accesso sul proprio[3].

Escavazioni. — Il proprietario deve permettere le escavazioni a chi primo scoprì metalli o pietre o cose simili, purchè questi non danneggi la superficie e corrisponda il decimo del guadagno[4].

Rapporti di vicinanza. — Il proprietario di un fondo deve lasciare fra questo e quello del vicino uno spazio, di due piedi e mezzo quando separa due edifizi[5], e di cinque piedi quando separa due fondi a cultura[6].

Non è permesso di piantare alberi verso il confine del vicino a distanze minori di quelle determinate dalla legge[6].

Il proprietario di un edifizio sul quale sporge un albero al-

---

[1] Ulpianus, fr. 7, §§ 1 e 2, e fr. 9, § 2, *de damno inf.*, XXXIX, 2; fr. 9, § 1, *ad exhib.*, X, 4. Cod. civ., art. 592.

[2] Ulpianus, fr. un., pr. *de glande legenda*, XLIII, 28.

[3] Questa proposizione generale fu una estensione fatta dalla giurisprudenza di una regola, che per un caso singolare occorre nel diritto romano, cioè pel caso in cui mancava l'accesso al sepolcro (Ulpianus, fr. 12, pr. *de relig.*, XI, 7). Sul passo necessario vedi Brugi, nell'*Archivio giur.*, XXV, 321; XXVII, 165; XXIX, 521 e XXXIX, 433-442. *Dottrine giur. degli agrim. rom.*, Padova, 1897, c. XI e su di esso Enrico Serafini, nell'*Archivio giur.*, LX (nuova serie, I), 165. Secondo il Codice civile italiano (art. 598 e seguenti), il proprietario è tenuto a dare il passaggio pei fondi alle acque che si volessero condurre per servirsene per le necessità della vita, e per gli usi agrari od industriali.

[4] Const. 3 e 6, Cod., *de metall.*, XI, 6,

[5] Brugi, *L'ambitus*, nella *Rivista ital. per le scienze giur.*, IV, 161 e 363.

[6] Papirius Justus, fr. 14, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2; Gaius, fr. 13, *fin. reg.*, X, 1.

[7] Gaius, 13, *fin. reg.*, X, 1; Cod. civ., art. 579 e seg.

trui, può esigere che quegli a cui l'albero appartiene, lo tagli; altrimenti può toglierlo da sè ritenendosene il legname. Se l'albero sporge sull'altrui fondo rustico, il proprietario dell'albero è obbligato a tagliare i rami fino all'altezza di quindici piedi da terra, e se non lo fa è permesso al proprietario del fondo, sul quale sporge, di tagliarli da sè e di ritenersi la legna [1]. Il proprietario non è neppure obbligato a soffrire sul proprio fondo le radici degli alberi del vicino, nè gli alberi stessi che il vento vi avesse ripiegati [2].

Il proprietario di un fondo deve tollerare un'immissione moderata di fumo, vapore, polvere, goccie d'acqua, suono ecc., sul fondo, o sullo spazio sovrastante, in quanto ciò sia conforme alla natura del fondo vicino [3].

Espropriazione per motivo di pubblica utilità. — Il privato può essere costretto a cedere la sua proprietà per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità [4].

§ 59.

Condominio o comproprietà (communio) [5].

Abbiamo detto che il proprietario può disporre della cosa sua come più gli aggrada, ed impedire che altri ne disponga. Di qui deriva che due o più persone non possono avere, cia-

---

[1] ULPIANUS, 1, §§ 7, 8 e 9, *de arb. caed.*, XLIII, 27; PAULUS, *Sentent.*, V, 6, 13; Cod. civ., art. 582.

[2] POMPONIUS, fr. 6, § 2, *arbor. furtim. caesar.*, XLIII, 7 e fr. 2, *de arb. caed.*, XLIII, 27.

[3] ULPIANUS, fr. 8, §§ 5-6, *si servit. vind.*, VIII, 5. Vedi anche pei arg. PAULUS, fr. 19, pr. *de serv. pred. urb.*, VIII, 2; ALFENUS, fr. 17, § 2, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[4] Cod. civ., art. 438; Legge del 25 giugno 1865. Sulla espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano, cfr. SCIALOJA, *op. cit.*

[5] SEGRÈ, *Riv. it. per le Scienze giur.*, 1889, pag. 353. Cfr. P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche sul condominio*, in Bull. ist. dir. rom., 1913, pag. 196-221; C. FADDA, *Communio*, in *Studi per Brugi* (Palermo 1910).

scuna, la piena proprietà della cosa stessa [1]. Una stessa cosa può tuttavia appartenere in comune a due o più persone per parti intellettuali *(res plurium communis pro partibus indivisis)* [2]. In tal caso tutti insieme i comproprietari *(socii)* sono padroni della cosa: nessuno è padrone esclusivo [3] della cosa intera, come nessuno è padrone di una parte materialmente determinata della cosa stessa. Per conseguenza nessuno può disporre della cosa comune o di una parte reale senza il consenso degli altri comproprietari [4]. Ciascuno può nondimeno disporre della sua quota di comproprietà, alienarla, cederla, ipotecarla; come ciascuno può altresì chiedere la divisione della cosa comune, mediante l'azione *communi dividundo* [5].

§ 60.

Storia del dominio presso i Romani.

I Romani non riconoscevano in origine che una sola specie di dominio, cioè il dominio civile o quiritario *(dominium ex iure Quiritium)*. Chi teneva una cosa come sua, senza averne il do-

---

[1] Ulpianus, fr. 5, § 15, *comm.*, XIII, 6: ... (*Celsus*) *ait duorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.*

[2] Ulpianus, fr. 5, *de stip. serv.*, XLV, 3: *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellecta magis partes habeant, quam corpore.*

[3] Ciascun condomino ha bensì diritto di proprietà su tutta la cosa, ma il diritto di ciascuno è limitato nell'esercizio per l'esistenza dei diritti degli altri. Vedi sopra § 17.

[4] Papinianus, fr. 28, *comm. div.*, X, 3: « *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis sconstat* ». È pero in facoltà di ciascuno di provvedere alla conservazione della cosa comune anche senza il consenso degli altri condomini (fr. 4, § 3, loc. cit.).

[5] Const. 5, Cod., *comm. div.*, III, 37: *In communione vel societate nemo compellitur invitus actineri.* Cod. civ., art. 681. Un'eccezione a questa regola è fatta pel vestibolo comune a due case (Paulus, fr. 19, § 1, *comm. div.*, X, 3), e per le aie, i pozzi (Cod. civ., art. 683). Vedi la magistrale sentenza della Cass. di Torino, 6 dicembre 1894 (*Giurispr. ital.*, XLVII, 5), e la nota del Lucci, *ivi*, sez. II, pag. 190.

minio quiritario, era un semplice possessore[1]. Ma sotto la repubblica sorse la necessità di ammettere una seconda specie di dominio, il dominio pretorio (*in bonis esse*), conosciuto col nome di dominio bonitario[2]. Pel tal modo si potevano verificare le seguenti tre combinazioni: si poteva avere il pieno dominio sopra una cosa, cioè tanto il dominio civile quanto il dominio pretorio (*plenum ius ex iure Quiritium*), si poteva avere il nudo dominio civile senz'averne il pretorio (*nudum ius Quiritium*), e finalmente si poteva avere soltanto l'*in bonis*, cioè il dominio pretorio, ossia bonitario[3]. Da queste due specie di dominio debbono essere distinte la proprietà dei peregrini[4] e la proprietà sui fondi provinciali, di cui pel diritto pubblico dei Romani il dominio apparteneva allo Stato ed ai privati soltanto il possesso e l'usufrutto[5].

PLENUM DOMINIUM EX IURE QUIRITIUM. — Chi aveva tanto il dominio civile quanto il dominio pretorio sopra una cosa, aveva pieno godimento di tutti i diritti della proprietà, e sopratutto per mantenere il suo diritto, un'azione reale, esperibile contro qualunque detentore, chiamata *rei vindicatio*, la cui conclusione principale (*intentio*) era: HANC REM MEAM ESSE AIO EX IURE QUIRITIUM. Ma affinchè una cosa potesse essere detta propria *ex iure Quiritium*, era necessario il concorso di tre condizioni, cioè capacità della persona, idoneità della cosa e legittimità del modo di acquisto.

Capacità della persona. Del dominio civile erano capaci le persone che godevano del *commercium iuris civilis*, cioè i citta-

---

[1] GAI., II, 40.

[2] Id., ivi.

[3] Id., I, 54.

[4] La proprietà dei peregrini era forse riconosciuta e protetta dal diritto romano mediante un'*utilis rei vindicatio* o *petitio* fondata sulla finzione che il peregrino fosse cittadino romano. GAI., IV, 37.

[5] Id., II, 7. Anche la proprietà sui fondi provinciali doveva essere riconosciuta e protetta dal diritto romano e la formula petitoria relativa doveva trovarsi nell'editto provinciale. Non ne abbiamo traccie sicure, ma è molto probabile che l'*intentio* di essa fosse *in ius concepta* ed accennasse alla *possessio*, e all'*usufructus* che spettava su quei fondi.

dini romani e i latini, e quei peregrini che avessero ottenuto il *commercium* per eccezione e per grazia speciale.

Idoneità della cosa. — Soltanto le cose soggette al commercio del diritto civile potevano formare oggetto di dominio quiritario, cioè le cose mobili e i fondi italici, non i fondi provinciali [1].

Legittimità del modo di acquisto. — Per acquistare legittimamente il dominio civile, bisognava adoperare un modo di acquisto riconosciuto come efficace a quest' uopo dalle leggi civili. I modi legittimi di acquisto delle *res mancipi* erano principalmente la *mancipatio*, la *in iure cessio* e l'*usucapio;* delle *res nec mancipi* la *in iure cessio* e la consegna (*traditio*) accompagnata da una *iusta causa.*

IN BONIS ESSE, IN BONIS HABERE (*dominio bonitario*). — Avevasi invece il dominio bonitario, quando esistevano le due prime condizioni del dominio quiritario (*commercium* nella persona e idoneità della cosa), ma faceva difetto la terza, un legittimo modo d'acquisto. La proprietà acquistata con mezzi d'acquisto o naturali o pretorii, non riconosciuti in certi casi [2] come abili a far acquistare il dominio quiritario, nonostante quel difetto era tutelata con azioni speciali: di qui la possibilità di un duplice dominio. Così se taluno acquistava una *res mancipi* senza le forme solenni della *mancipatio* o dell'*in iure cessio,* ma con la semplice consegna, *traditio,* non ne acquistava il dominio civile, ma soltanto il dominio bonitario. Tale dominio bonitario poteva, è vero, tramutarsi mediante l'usucapione in dominio civile; ma finchè questa non era compiuta, il trasferente conservava il *nudum ius Quiritium* [3], e, conservandolo, poteva valersi di tutte le azioni

---

[1] I fondi provinciali eran soggetti ad un' imposta fondiaria, tributo o stipendio, secondo i casi; d'onde il nome di *praedia tributaria* o *stipendiaria* (GAI., II, 21). Il suolo pubblico non poteva mai abusivamente diventar privato per occupazione; nondimeno si verificò anche questo fatto antigiuridico, che l'occupazione abusiva dei privati col lungo decorso del tempo fu legittimata. Il fatto è messo in evidenza specialmente dal BRUGI, *La occupazione abusiva del suolo pubblico,* nell' *Archivio giur.,* XLII, 287-302; *Dottrine giur. degli agrim.,* c. VI.

[2] Per es. nella *traditio* di una *res mancipi.*

[3] GAI., II, 41.

inerenti al medesimo, e specialmente della *rei vindicatio*. Qualora però egli l'avesse intentata contro l'acquirente, questi gli avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli* (*rei venditae et traditae*)[1]. E non solo l'acquirente poteva difendersi, mediante questa eccezione, contro la rivendicazione dell'alienante e dei successori universali e singolari, ma aveva altresì un'azione reale, una *utilis rei vindicatio* (*l'Pubbliciana actio*), per reclamare la cosa sua da qualunque terzo detentore[2]. Pel tal modo il dominio bonitario conferiva tutti i vantaggi materiali derivanti dalla proprietà[3], e soltanto sotto certi aspetti i diritti del padrone bonitario erano ristretti e limitati[4].

NUDUM IUS QUIRITIUM. — Quando una cosa era dunque *in bonis* di taluno, al trasferente, che l'aveva nel suo dominio civile, non rimaneva che il *nudum ius Quiritium*. Ora, siccome i vantaggi materiali derivanti dalla proprietà spettavano tutti al padrone bonitario, così potrebbe dirsi che il *nudum ius Quiritium* si riduceva ad un dominio di vera forma. Tuttavia sappiamo come esso non rimanesse privo di ogni efficacia civile. E difatti, come si è già osservato, chi aveva il *nudum ius Quiritium* poteva rivendicare la cosa da qualunque terzo detentore che non fosse

---

[1] In origine quest'eccezione non poteva opporsi che contro la persona del trasferente e contro i suoi successori a titolo universale, ma in seguito fu ammessa anche contro i suoi successori a titolo singolare come insegna ERMOGENIANO nel fr. 3, *de exc. rei vend. et trad.*, XXI, 3.

[2] PAULUS, fr. 23, pr. *de rei vind.*, VI, 1. L'acquirente poteva sperimentare questa sua azione reale anche nel caso che la cosa da lui acquistata fosse passata nel possesso del trasferente, e se questi si difendeva colla *exceptio iusti dominii*, egli poteva, alla sua volta, opporre la *replicatio doli* (*rei venditae et traditae*).

[3] Il padrone bonitario aveva il pienissimo diritto di godere della cosa (*ius utendi fruendi*), di alienarla e di acquistarne mediante l'usucapione il pieno dominio civile (GAI., II, 41 e 204). Egli solo aveva la *potestas dominica* sugli schiavi (GAI., I, 54), e per conseguenza spettavano a lui gli acquisti dei medesimi (GAI., II, 88; III, 166; ULPIAN., XIX, 20).

[4] Così, per esempio, non poteva il padrone bonitario valersi della *rei vindicatio*, nè far uso dei modi civili di trasferimento, quali sono la *mancipatio*, la *in iure cessio* e il *legatum per vindicationem*, nè costituire servitù civili sulle cose soggette al suo dominio bonitario, e gli schiavi da lui manomessi non diventavano cittadini romani, ma soltanto latini.

il padrone bonitario o un successore di lui; poteva alienare il suo diritto e trasmetterlo ai suoi eredi: poteva mediante la *iteratio* rendere cittadino romano chi non era che semplice latino, e finalmente aveva la tutela legittima sull'ancilla che per manomissioni non aveva ottenuto se non la libertà latina[1]. Non si deve tuttavia dimenticare che il *nudum ius Quiritium* era un diritto affatto transitorio, il quale non durava che sino a tanto che il padrone bonitario non avesse acquistato il dominio quiritario per usucapione[2].

Il dominio secondo il diritto giustinianeo. — Ai tempi di Giustiniano anche le poche differenze reali tra dominio quiritario e bonitario erano sparite da lungo tempo, poichè non aveva più alcun significato la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*, e perfino la *latina libertas* era stata abolita. Giustiniano adunque potè togliere di mezzo anche formalmente tutte quelle vecchie distinzioni che ormai non avevano più alcuna pratica importanza[3]. Del resto questo processo di semplificazione non si era verificato soltanto riguardo al dominio romano; ma, concessa la cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero ed equiparati i fondi provinciali agli italici, anche la terza specie di proprietà dei non cittadini e sui fondi provinciali era venuta a cadere. Così nel diritto giustinianeo il dominio è tornato alla primitiva unità. D'ora in poi tutte le cose, che non sieno intieramente sottratte al commercio, possono aversi in proprietà; la consegna *(traditio)* produce gli stessi effetti che producevano la *mancipatio* e la *in iure cessio;* la usucapione si applica ai fondi provinciali non meno che ai fondi italici: in una parola, la nuova proprietà, coi requisiti del dominio bonitario, produce tutti gli effetti civili del pieno dominio quiritario.

Anche il Codice civile patrio riconosce una sola proprietà, e la definisce: *il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti* (art. 436).

---

[1] Gai., I, 168.

[2] Id., II, 41 e 204.

[3] C. un., *de nudo iure Quirit. toll.*, VII, 25; C. un., *de usucap. transf.*, VII, 31. Cfr. Brugi, *Dottr. giur.*, cit., cap. V e VI.

§ 61.

Modi d'acquisto della proprietà.

I modi d'acquisto della proprietà si distinguono in originarii e derivativi; in modi di acquisto a titolo singolare ed a titolo universale, ed in modi d'acquisto civili e naturali, secondochè derivano dell'*ius civile* o dall'*ius gentium* [1]. Ai modi civili appartengono la *mancipatio*, la *in iure cessio*, l'*adiudicatio*, la *lex*, l'*emptio sub corona*, la *bonorum sectio* e l'*usucapio*; ai modi naturali, l'occupazione, la tradizione, l'accessione, la specificazione, la percezione e separazione dei frutti, la confusione e la commistione.

L'aggiudicazione e l'usucapione si sono conservate anche nel diritto nuovo e si spiegheranno nei paragrafi successivi insieme ai modi naturali d'acquisto; qui ci limitiamo a parlare brevemente di quei modi di acquisto del diritto civile, che sono già antiquati nel diritto giustinianeo.

MANCIPATIO [2]. — La *mancipatio* era una vendita simbolica, fatta alla presenza di almeno cinque testimoni, cittadini romani, puberi, e di altro cittadino, detto *libripens*, che teneva una bilancia. L'acquirente pronunciando una formula con la quale affermava l'esistenza attuale nella sua persona del diritto che pretendeva di acquistare, percuoteva la bilancia con una moneta di rame che consegnava all'alienante, e questi la riceveva a guisa di prezzo *(quasi pretii loco)* [3]. La mancipazione si applicava

---

[1] S'insegna da taluni che i modi d'acquisto naturali non fossero idonei a fare acquistare il dominio civile, ma solo il dominio bonitario. Quest'opinione non può accettarsi, dacchè, come insegna GAIO, IV, 16), la occupazione, modo naturale d'acquisto, era il mezzo più valido ed efficace per acquistare la proprietà, e la *traditio*, modo egualmente naturale, se non era riconosciuta come modo abile per far acquistare il dominio quiritario di una *res mancipi*, era però sufficiente a trasferire la proprietà civile delle cose non mancipabili (ULP., XIX, 1).

[2] Vedi LONGO, *La mancipatio*, Firenze 1886.

[3] GAI., I, 119: « *Est autem mancipatio imaginaria quaedam venditio: eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis pube-*

soltanto alla *res mancipi* [1]. Le cose mobili dovevano esser presenti ed essere prese e mancipate ad una ad una; gli immobili invece potevano manciparsi anche da lontano, ed una sola mancipazione bastava, ancorchè si volessero alienare più immobili insieme, e questi fossero situati in luoghi diversi; soltanto esigevasi che fosse ben precisato il fondo [2]. Nel determinare la cosa, che formava oggetto della mancipazione, si potevano pattuire determinate qualità, comprendervi o escludervi parti accessorie, pertinenze e diritti [3]. Le parti potevano inoltre aggiungere alla *mancipatio* convenzioni verbali che avevano forza obbligatoria fra le parti in base al principio posto dalla legge delle dodici tavole: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* [4]. La *mancipatio* veniva adoperata non solo per trasferire la proprietà, ma anche per costituire servitù rustiche, che erano comprese fra le *res mancipi* [5], e perfino per dar vita a certi rapporti o poteri di diritto familiare, come la *manus* e il *mancipium*, e indirettamente anche per creare od estinguere la patria pote-

---

ribus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens; is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; *deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco* » (Cfr. ULP., XX, 2). Come insegnano i più riputati autori, il carattere di *venditio simbolica*, che la *mancipatio* ha nel diritto classico, non è quello primitivo: originariamente la *mancipatio* sarebbe stata una compravendita effettiva.

[1] ULP., XIX, 3 e 7; GAI., II, 22.

[2] GAI., I, 121; ULP., XIX, 6; ISID., *Orig.*, V, 25-26. Qui giova osservare che la *mancipatio* non importava necessariamente la presa di possesso, poichè il trasferimento del possesso era un atto separato e distinto dalla mancipazione. GAI., II, 204; IV, 131*a*; *Vat. fragm.*, § 313; *Donatio Syntrophi* (BRUNS, *Fontes*, n. 139, pag. 337). In quanto le andava congiunto il trasferimento del possesso, serviva anche alla traslazione della proprietà di *res nec mancipi*.

[3] Ecco alcuni esempi di simili aggiunte: *fundus uti optimus maximus* (BRISSONIO, *De formulis*, IV, 35); *cum instrumento, cum doliis, cum peculio* (ivi, 41, VI, 12): *detracto usufructu* (*Frag. Vat.*, 47, 50, 80); *recepta servitute, receptis nutis caesis* (*ivi*, VI, 27).

[4] FESTUS, v. *Nuncupata*. Vedi gli esempi di simili convenzioni nel BRISSONIO, *l. c.*, e nello ZELL., *Inscript.*, n. 1779, 1780, 1784 e 1785.

[5] GAI., II, 17 e 29. Vedi più sotto § 83.

stà [1]. Essa si trova finalmente come atto completamente simbolico nell'antico testamento *per aes et libram* [2].

IN IURE CESSIO. — Come la *mancipatio* era il trasferimento della proprietà sotto la garanzia del popolo romano, così la *in iure cessio* si faceva sotto quella del magistrato del popolo romano: la prima era una vendita simbolica, la seconda una simbolica rivendicazione. L'acquirente e l'alienante comparivano dinanzi al pretore; quegli sosteneva che la cosa era sua, pronunciando la formula della rivendicazione *(hanc ego rem meam esse aio ex iure Quiritium)*; questi non si opponeva, ma o taceva, o espressamente acconsentiva; ed il pretore aggiudicava la cosa al rivendicante [3]. La *in iure cessio* era applicabile anche alle *res nec mancipi* ed alle cose incorporali [4].

SECTIO VENDITIO SUB HASTA, EMPTIO SUB CORONA [5]. — I beni caduti in dominio dello Stato, o per condanna criminale o per conquista, o perchè rimasti vacanti, venivano pubblicamente venduti al maggior offerente. In origine quei beni si vendevano nel loro complesso, come *universitas* lasciando poi la cura della partizione dei medesimi al compratore, che appunto per ciò chiamasi *sector* [6]. Questa pubblica vendita chiamavasi *bonorum sectio* od anche *sub hasta venditio* dalla lancia *(hasta)*, simbolo del dominio civile, che era alzata nel luogo in cui la vendita avveniva [7]; e siccome si faceva al maggior offerente, fu pure detta *auctio*. La pubblica vendita dei prigionieri di guerra si conosceva anche sotto il nome di *emptio sub corona*, probabilmente perchè i prigionieri esposti pubblicamente in vendita avevano cinto il capo di una corona [8]. Nell'età imperiale, i beni dello Stato non

---

[1] GAI., I, 117, 118, 123, 132, 134 e 135. Vedi il § 171.

[2] Id., II, 103-108. Nell'antichissimo diritto romano il *testamentum per aes et libram*, era una vera *mancipatio familiae* (GAI., II, 102).

[3] Id., II, 24; ULP., XIX, 9 e 10. Vedi il § 184.

[4] Id., II, 28-30.

[5] ROTONDI G., *Bonorum actio* e *venditio*, in *Encicl. giur. it.*, fasc. 54, vol. II, parte 1ª (Milano 1911).

[6] GAI., IV, 146. *Sectio* viene appunto da *secare* (dividere).

[7] FESTUS, v. *Hasta; Frag. Vat.*, § 37; *Cod. Theod.*, X, 17.

[8] GELL., VII, 4; FESTVS, v. *Sub corona.*

si vendevano più in complesso, come una *universitas*, ma oggetto per oggetto, alla spicciolata, per cui cessò anche il nome di *sectio bonorum*, e venne in uso quello di *subhastatio* [1], nome che si è conservato anche nei moderni codici.

LEX. — Ulpiano cita finalmente la *legge* come un altro modo di acquistare il dominio [2]. Sotto questo nome egli comprende tutti i casi nei quali la proprietà passa da un individuo ad un altro in conseguenza di una disposizione legislativa, senza bisogno di speciale atto d'acquisto (come, ad esempio, in alcune specie di legati) [3].

§ 62.

Acquisto del dominio per occupazione.

L'occupazione è la presa di possesso di una cosa in commercio senza padrone [4]. Tre sono i requisiti per acquistare la proprietà di una cosa senza padrone, cioè: 1° che la cosa sia capace di dominio; 2° che non appartenga ad alcuno *(res nullius)*; 3° che se ne prenda possesso con l'intenzione di farla propria. *Res nullius*, o come tali considerate, sono del diritto romano gli animali selvatici, i prodotti del mare e delle coste, le isole sorte o scoperte nel mare, le cose derelitte, il tesoro, le *res hostium*.

---

[1] C. 16, Cod. IV, 44; c. 4, Cod. X, 3; *Cod. Th.*, X, 17.

[2] ULPIAN., XIX, 2.

[3] Esempi si leggono in ULPIAN., XIX, 17: « *Lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege XII tabularum, sive mancipi res sint sive nec mancipi* ». Sul trasferimento diretto della proprietà delle cose legate senza bisogno di speciale atto d'acquisto, vedi il vol. II, § 210. Per altri casi di passaggio immediato di proprietà, vedi fr. 11, § 2, e fr. 14, *de public.*, XXXIX, 4. Vedi anche § 32. Così ad esempio, il proprietario perde a favore di chi ha diritto alla gabella quelle cose per cui non ha soddisfatto il dazio *(commissa)*; parimente il comproprietario di una casa, se non rimborsa la sua parte di spese necessarie alla conservazione della casa medesima, la perde a favore dell'altro che le ha sostenute. Il binubo perde a favore dei suoi figli di primo letto il dominio di certe cose, sulle quali non conserva che l'usufrutto. Vedi il § 167.

[4] § 12. Inst., *de rer. div.*, II, 1: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*; PAULUS, fr. 1, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2.

Le *res omnium communes* si possono occupare parzialmente; il dominio dura finchè dura la separazione della parte occupata.

OCCUPAZIONE DEGLI ANIMALI SELVATICI. — Essa comprende la caccia *(venatio, aucupium)* e la pesca. Gli animali selvatici che non si sono trovati mai o non si trovano più nel possesso altrui, sono cose di nessuno, e come tali cedono al primo occupante[1]. Nè importa che l'animale si trovi nel nostro o nell'altrui fondo; non è però lecito di introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore[2]. Degli animali mansuefatti non è ammessa l'occupazione, se non quando, avendo perduta l'abitudine di ritorno, sono divenuti *res nullius*[3].

INVENZIONE. — Per l'invenzione s'intende l'occupazione di cose inanimate che non abbiano avuto mai padrone, o che furono abbandonate dal padrone coll'animo di non volerle più per sè. Per essa si acquistano le gemme, le pietre preziose, i coralli e simili altri oggetti trovati sul lido o nel fondo del mare; le isole che si formano nel mare; tutte le cose, insomma, che presentemente non sono, ma possono venire in proprietà di alcuno[4]. Le cose smarrite, e quelle gettate in mare al solo scopo di alleggerire la nave in pericolo, non sono oggetto di occupazione, poichè hanno ancora un padrone[5].

---

[1] GAIUS, fr. 1, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *Omnia igitur animalia, quae terra, mari, coelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres, pisces, capientium fiunt.* Cod. civ., art. 711. L'occupazione s'intende compiuta quando l'animale è preso o ucciso. Era controverso se bastasse averlo ferito; ma l'opinione contraria prevalse; § 13, Inst., *de rer. div.*, II, 1.

[2] GAIUS., fr. 3, § 1, *eodem;* C. C., art. 712. Se il divieto è trasgredito, il proprietario ha contro il trasgressore l'*actio iniuriarum:* ULPIANUS, fr. 13, § 7, *de iniur.*, XLVII, 10. Vedi LANDUCCI, nell'*Archivio giur.*, XXIX, 306.

[3] § 15, Inst., *de rer. div.*, II, 1.

[4] §§ 18 e 22, Inst., *de rer. div.*, II, 1. Cod. civ., art. 711.

[5] Chi si appropria una cosa perduta, commette un furto (ULPIANUS, fr. 43, §§ 1-9, *de furtis*, 47, 2). L'art. 715 del Cod. civ. dispone che chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro, deve restituirlo al precedente possessore; e se non lo conosce, deve senza ritardo consegnarlo al sindaco del luogo dove lo ha trovato. Per ciò che riguarda il getto delle merci, v. § 48, Inst., *de rer. div.*, II, 1; fr. 8, *de lege Rhodia*, XIV, 2, e il Codice di commercio, art. 243, n. 19; art. 650 e seg.

Fra le cose di nessuno si annovera anche il tesoro, che si può definire: *qualunque oggetto mobile di pregio, che sia nascosto o sotterrato da tanto tempo, che nessuno possa provare di esserne padrone*[1]. Chi trova il tesoro nel fondo proprio, ne è proprietario assoluto; se il tesoro si trova nel fondo altrui, purchè sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo, ove fu trovato, e per metà all'inventore; che se venne trovato in seguito a indagini apposite spetta per intiero al proprietario del fondo ove fu trovato[2]. Gli stessi principi si applicano nel caso che il tesoro sia stato trovato in una cosa mobile.

Occupazione bellica. — I Romani consideravano i nemici come fuori del diritto, come privi della capacità giuridica; onde la regola che il nemico e le cose sue erano oggetto di occupazione[3]. Gl'immobili presi al nemico diventavano proprietà dello Stato[4]; le cose mobili invece appartenevano al primo occupante, salvochè non le avesse tolte al nemico in servizio dello Stato[5]. Per diritto di reciprocità, i Romani ammettevano che il nemico diventasse proprietario delle cose loro, da lui occupate[6]. Secondo i principi del diritto internazionale moderno, invece, le proprietà private dei cittadini delle nazioni belligeranti non sono oggetto di occupazione.

---

[1] Cod. civ., art. 714; Paolo, nel fr. 31, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI. 1, così definisce il tesoro: « *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat* ». Cfr. Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro*, Roma 1888, e Perozzi nel *Monitore dei Tribunali*, XXXI, 705, anno 1890.

[2] Cod. civ., art. 714; § 39, Inst., *de rer. div.*, II, 1.

[3] Gai., *Inst.*, II, 16 e fr. 5, § 7, *Inst., de rer. div.*, II, 1.

[4] Pomponius, fr. 20, § 1, *de captivis*, XLIX, 15.

[5] Celsus, fr. 51, § 1, *d. a. r. d.*, XLI, 1; Tryphoninus, fr. 12, pr. XLIX, 15.

[6] Pomponius, fr. 5, § 2, *de captivis*, XLIV, 15.

§ 63.

Della specificazione [1].

La specificazione è la trasformazione sostanziale di una cosa. Mediante essa s'imprime alla materia una nuova forma, in modo che quella appare come un oggetto nuovo. La specificazione, considerata quale modo d'acquisto della proprietà, non ha importanza giuridica se non quando lo specificatore abbia trasformato la materia altrui. Invero, in questo caso è importante decidere se l'oggetto trasformato appartenga al proprietario della materia o allo specificatore. I Sabiniani opinavano che la forma dovesse cedere alla materia, e per conseguenza che il proprietario della materia dovesse riguardarsi come proprietario della nuova specie. I Proculiani invece davano più importanza alla forma, perchè sembrava loro che l'antica materia fosse sparita con la creazione della nuova specie, e sostenevano quindi che la proprietà dell'oggetto specificato dovesse in ogni caso appartenere all'artefice. Altri giureconsulti facevano una distinzione, e secondochè la nuova specie si poteva o non si poteva ridurre al pristino stato, davano la preferenza al proprietario della materia o allo specificatore [2]. Giustiniano adottò quest'opinione intermedia e stabilì le massime seguenti: Se la nuova specie può essere restituita all'antico stato, appartiene al padrone della materia [3]; in caso

---

[1] Sokolowski, *Die Lehre v. d. Specification*, nella *Zeitschr. Sav.-St.*, XVII, 252-311; Ferrini, *Sulla dottrina della specificazione*, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, II, 182. Il Ferrini parte dal principio che ogni qualvolta, per mutamenti di forma o di materia, o dell'una o dell'altra insieme, una cosa, mobile od immobile, perde la sua primitiva individualità e diventa una *nova res*, anche l'antico dominio cade e sorge in suo luogo, sì o no secondo i casi, un nuovo dominio (sia per l'antico titolare, sia per altri), sulla *res nova*. La specificazione o più propriamente lo *ex aliena materia novam speciem facere*, non sarebbe che un caso affatto particolare di applicazione di quel principio generale.

[2] Gai., *Inst.*, II, 79 e fr. 7, § 7, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1 (interpolato).

[3] Il vaso di bronzo, per es., siccome può essere colla fusione ridotto a massa di bronzo, appartiene al proprietario del bronzo (§ 25, Inst., *de rer. div.*, II, 1; Paulus, fr. 24, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1).

contrario allo specificatore [1]; quando poi questi abbia impiegato in parte materia propria e in parte materia altrui, diventa proprietario della nuova specie anche nel caso che questa possa ridursi all'antica forma [2]. Tuttavia, perchè lo specificatore acquisti la proprietà della nuova specie, si richiede (per diritto giustinianeo) in entrambi i casi che abbia agito in buona fede [3]. In

---

[1] Il vino fatto colle uve altrui, l'olio fatto colle altrui olive, il vaso di marmo ed altre simili cose, che non possono ritornare all'antica forma, spettano allo specificatore (§ 25, Inst., *de rer. div.*, II, 1; Ulpianus, fr. 5, § 1, *de rei vind.*, VI, 1; Gaius, fr. 7, XLI, 1).

[2] Ciò risulta in modo chiaro dalle parole finali del § 25, Inst., *de rer. dir.*, II, 1. Ad onta di questo testo esplicito insegnano alcuni scrittori (tra i quali Vinnio, Puchta, Vangerow, Arndts), che anche in tal caso si deve distinguere se la nuova specie possa o non possa ridursi all'antica forma; ma il passo di Giustiniano ci sembra troppo esplicito per la nostra opinione, specialmente quando si confronti con la parafrasi greca (II, 1, § 25). Il fr. 5, § 1, *de rei vind.*, VI, 1 (di Ulpiano), su cui si fonda l'opinione contraria, tratta di specificazione irriducibile, e non tocca quindi il caso della specificazione riducibile, sul quale cade esplicitamente la disputa. Il fr. 12, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1 (di Callistrato), poi, che pure si adduce a favore dell'opinione contraria, parla di riunione o congiunzione fatta da un terzo, che non era proprietario nè dell'una nè dell'altra materia. Vedi ora anche Glück-Czyhlarz, *Pand.*, XLI, § 1729 *d.*

[3] Paulus, fr. 4, § 20, *de usurp.*, XLI, 3 e fr. 13, *de cond. furt.*, XIII, 1; Julianus, fr. 14, *eod.*; Ulpianus, fr. 52, § 14, *de furtis*, XLVII, 2. In questi frammenti è detto che gli oggetti fatti in mala fede colla materia altrui sono cose furtive che possono essere reclamate dal *proprietario* colla *condictio furtiva*. Alcuni autori, fra cui Vangerow, insegnano che anche lo specificatore di mala fede acquista la proprietà, per la ragione principalissima che la specificazione è una specie di occupazione e questa non richiede nè punto nè poco la buona fede; ma i testi succitati stanno evidentemente in appoggio della nostra opinione. Altri autori infine richiedono la buona fede dello specificatore nel solo caso che egli abbia lavorato materia tutta aliena, ma non quando abbia adoperato materia in parte propria e in parte altrui per fare la nuova specie. A noi pare che quando lo specificatore abbia in mala fede adoperato in parte cosa altrui e in parte cosa propria, la nuova specie appartenga in comune ai due proprietarii delle materie lavorate in ragione del valore delle rispettive materie. Vedi Donello, *Comm.*, IV, 12, § 5; Windscheid, *Pand.*, § 187, note 2 e 4; Fitting, nell'*Arch. f. civ. Praxis*, XLVIII, 343. Vedi pure la glossa *dominum* al § 25, Inst., *de rer. div*, II, 1. Per il diritto classico vedi Ferrini, *l. c.*

ogni caso lo specificatore che acquista la proprietà della nuova specie ha l'obbligo di compensare il proprietario della materia, secondo i principii dell'indebito arricchimento [1].

Il Codice civile si allontanò alquanto dal diritto giustinianeo, e stabilì le seguenti regole: Se l'artefice ha adoperato tutta materia altrui per formare una nuova specie, il proprietario della materia ha diritto alla nuova specie, senza distinguere se possa o non possa ridursi all'antica forma; se al contrario ha adoperato materia in parte propria e in parte altrui per formare una nuova specie, senza che nè l'una nè l'altra delle due materie sia interamente trasformata, ma in modo che l'una non possa separarsi dall'altra senza guasto, la cosa rimane comune ai due proprietarii, riguardo all'uno in ragione della materia che gli apparteneva, e riguardo all'altro in ragione della materia che gli apparteneva e del valore della mano d'opera; quando però la mano d'opera sia tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata, dev'essere considerata come principale, e l'artefice ha diritto di ritenere la cosa. È da notare infine che quando il diritto alla nuova specie spetta al proprietario della materia, questi deve rimborsare l'artefice del prezzo della mano d'opera; e quando quel diritto spetta all'artefice, questi deve pagare al proprietario il prezzo della materia (art. 468-470).

§ 64.

Della consegna (traditio) [2].

La consegna o tradizione è il trasferimento del possesso di una cosa da una persona ad un'altra [3]. È il più importante dei modi d'acquisto a titolo singolare, perchè è principio del diritto romano che la sola volontà delle parti contraenti non basta per trasferire la proprietà di una cosa, ma si richiede

[1] Arg. PAULUS, fr. 23, §§ 4 e 5, *de rei vind.*, VI, 1; GAI., II, § 79; *Inst.*, II, 1, § 26; THEOPHIL., *ad h. l.*

[2] Vedi PERUZZI, *Della tradizione*, Perugia 1887; CLAMTACZ, *Die rechtliche Natur der Uebergangsart durch Tradition*, Leipzig 1897, e su di esso MANFALEONI, nell'*Archivio giur.*, XLI (nuova serie, II), 602.

[3] GAIUS, fr. 9, § 3, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

inoltre la tradizione della cosa, ossia il trasferimento del possesso[1]. Perchè la tradizione trasferisca la proprietà si richiedono le seguenti condizioni:

La qualità di proprietario nel trasferente. — Chi non è proprietario non può trasferire in altri la proprietà che manca a lui stesso[2]. Questa regola però soffre alcune eccezioni. La mancanza del dominio nel trasferente può essere supplita dal consenso precedente o susseguente del proprietario[3]; il creditore pignoratizio, vendendo la cosa pignoratagli, ne trasferisce la proprietà[4]; da ultimo è principio singolarissimo del diritto romano che le alienazioni fatte dal fisco, dal Principe e dall' Augusta, trasferiscano sempre la proprietà nell'acquirente, salvo all'antico proprietario un regresso personale contro l'alienante entro quattro anni[5]. Se il non proprietario acquista in seguito la proprietà della cosa trasferita in altri, quest'ultimo non diventa per ciò proprietario, ma può difendersi contro la rivendicazione del primo con l'eccezione *rei venditae et traditae*[6]; e qualora abbia acquistato la cosa in buona fede, può agire contro ogni terzo detentore e perfino contro lo stesso trasferente e contro i suoi successori a titolo universale e singolare. Lo stesso principio si applica al caso in cui il proprietario divenga erede di chi ha alienato la cosa senza esserne proprietario[7]. Infine non tutti i proprietari hanno capacità di alienare, e per conseguenza di trasferire

---

[1] Const., 20, *de pactis*, II, 3: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* Cfr. CALLISTRATUS, fr. 50, pr., *de rei vind.*, VI. 1. Sulla massima contraria del nostro Codice civile, vedi questo paragrafo in fine.

[2] ULPIANUS, fr. 20, pr. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[3] GAIUS., fr. 9, § 4, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; ALFENUS, fr. 38, § 1, *de don. int. v. et ux.*, XXIV, 1. Appena giova avvertire che la consegna fatta da un legittimo rappresentante equivale alla consegna fatta dal proprietario stesso (§§ 42 e 43, *de rer. div.*, II, 1; ULPIANUS, fr. 41, *de rei vind.*, VI, 1).

[4] Fr. 46, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[5] C. 2 e 3, Cod., *de quadr. praescr.*, VII, 37.

[6] ULPIANUS, fr. 1, pr. *de ex. rei vend. et trad.*, XXI, 3; POMPONIUS, fr. 2, *eod.*: HERMOGENIANUS, fr. 3, *eod.*; ULPIANUS, fr. 72, *de rei vind.*, VI, 1, e fr. 4, § 32, *de doli exc.*, XLIV, 4.

[7] PAULUS, fr. 73, *de evict.*, XXI, 2; ULPIANUS, fr. 1, § 1, *de ex. rei vend.*, XXI, 3; c. 14, *de rei vind.*, III, 32.

la proprietà mediante la tradizione. Ne mancano in generale i pupilli, i furiosi ed i prodighi; i minori sono pure limitati quanto alla facoltà di alienare [1].

L'apprensione del possesso. — La sola intenzione delle parti di trasferire e rispettivamente di acquistare il dominio non basta, ma è inoltre necessario che l'intenzione sia esteriormente manifestata con l'apprensione effettiva della cosa in proprio nome. Questa si verifica in tutte quelle maniere per le quali si acquista il possesso. Se l'acquirente possedeva già in proprio nome, basta il riconoscimento di questo stato di cose [2]; che se egli possedeva in nome del trasferente, basta che questi gli permetta di possedere per sè *(traditio brevi manu)*. Il proprietario di una cosa che vuole trasferirne la proprietà ad un altro, ritenendola in nome di quest'ultimo, può operare questa traslazione di proprietà mediante convenzione, senza bisogno di consegna e riconsegna: basta che dichiari di ritenere il possesso per l'acquirente *(constitutum possessorium)*.

L'intenzione delle parti di trasferire e rispettivamente di acquistare la proprietà della cosa. — La semplice consegna della cosa, disgiunta dall'intenzione di trasferire la proprietà, opera la traslazione del possesso o della detenzione, ma non quella della proprietà: perchè si verifichi anche questa è necessaria la concorde volontà delle parti di trasferire e rispettivamente di acquistare la medesima [3]. Riguardo a questa volontà concorde delle parti sono da notarsi i seguenti punti:

1.° La volontà d'ambe le parti deve essere diretta precisamente a quella cosa che viene consegnata. Se per errore venisse consegnata una cosa diversa da quella che l'una o l'altra delle parti intendeva di alienare e rispettivamente di acquistare, non vi sarebbe trasferimento di proprietà [4]. In questo caso si parla

---

[1] Vedi più sopra §§ 9 e 29 e il § 102.

[2] POMPONIUS, fr. 21, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[3] Questo punto è pero molto disputato. Vedi LENEL, nell'*Archiv. f. civ. Praxis*, LXXIX, 213, e FERRINI, *Intenzione ed effetto negli atti giuridici*, nei *Rendiconti Ist. Lomb.*, 1888. D'accordo con noi il PEROZZI, *op. cit.*

[4] PAULUS, fr. 2, § 6, *pro emptore*, XLI, 4; ULPIANUS, fr. 34, pr. *de adq. poss.*, XLI, 2; JULIANUS, fr. 36, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

di un *error in corpore*. È questione fra gli interpreti se sia di ostacolo anche l'errore sulla proprietà.

A nostro parere possono a tale riguardo stabilirsi i seguenti principii. Non è necessario per il trasferimento della proprietà che l'alienante conosca il suo diritto di proprietà; come del pari non è necessario che questo diritto sia noto all'acquirente [1], ma se il tradente, credendo erroneamente che la cosa sua appartenga ad un altro, l'avesse a consegnare con l'intenzione di trasferire il dominio di questo supposto proprietario, la traslazione del dominio sarebbe invalida [2]. Lo stesso principio si applica al caso inverso, al caso cioè che il vero proprietario di una cosa, e che non sa di esserlo, incarichi il proprietario presunto di trasferirne la proprietà. Anche in questo caso non passa la proprietà all'acquirente, perchè il mandante, non sapendo di essere proprietario, non ha l'intenzione di trasferire il *suo* dominio, e il mandatario non è proprietario [3].

2° Non è necessario che la volontà del trasferente sia diretta ad una persona determinata [4], ma se è diretta da una persona diversa da quella che ha la volontà di acquistare la

---

[1] PAULUS, fr. 9, § 4, *de iur. et facti ignor.*, XXII, 6; JULIANUS, fr. 1, § 1, *de manumiss..vind.*, XL, 2; Inst., *de legat.*, II, 20, § 11.

[2] ULPIANUS, fr. 35, *de adq. dom.*, XLI, 1: *Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.*

[3] Questo caso è contemplato da PAOLO nel fr. 15, § 2, *de contr. empt.*, XVIII, 1. Non osta quanto dice MARCELLO nel fr. 49, *mandat.*, XVII, 1, poichè qui è detto soltanto che quando il proprietario era obbligato a trasferire la proprietà a colui al quale la cosa venne consegnata dal mandatario, non ha diritto di reclamarla. Vedi JHERING, *Jahrbücher für die Dogmatik*, II, 155; BRINI, *Intorno al secondo capo del fr. 49 mandati vel contra*, Bologna 1896; MANCALEONI, nell'*Archivio giuridico*, LI (nuova serie, II), 460-508.

[4] Così si spiega come l'*iactus missilium*, che è una *traditio in incertam personam collocata*, faccia acquistare la proprietà a chi raccoglie le cose gettate: GAIUS, fr. 9, § 7, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; § 46, Inst., *de rer. div.*, II, 1. Così pure non osta al trasferimento della proprietà la circostanza che il tradente non sappia se chi riceve la cosa voglia acquistare la proprietà per sè o per altri.

tradizione non opera traslazione di proprietà[1]. Se però l'acquirente non palesa l'intenzione di acquistare la cosa per una persona diversa da quella indicata dal trasferente, s'intende che egli si sia appropriata la dichiarazione del trasferente. E l'accipiente che conosca l'errore in persona del tradente, commette furto[2].

3° La tradizione deve avere per fondamento un motivo giuridico *(causa traditionis)*, l'intenzione, cioè, o di donare, o di adempiere un'obbligazione, o di darle vita[3]; ma non è punto necessario, come alcuni commentatori hanno ritenuto, che esista una causa giusta e legale di trasferire e di acquistare la proprietà[4], come del pari non è necessario che le parti concordino nel motivo pel quale l'una vuole trasferirla e l'altra acquistarla, quando in genere concordano nella volontà di trasferirla e di acquistarla[5].

4°. Questa volontà può essere sottoposta ad una condizione; in tal caso, malgrado l'avvenuta tradizione, la proprietà non passa che dopo il verificarsi dalla condizione[6].

Infine avvertiremo che il trasferimento della proprietà può essere nullo, perchè vi osti un divieto legale[7].

---

[1] Ulpianus, fr. 13. *de donat.*, XXXIX. 5, e fr. 43, § 1, *de furtis*, XLVII, 2: Julianus, fr. 37, 6, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[2] Vedi Ferrini, nell'*Archivio giur.*, XLVII, 443-446 e seg.

[3] Marcianus, fr. 65, § 4, *ad So. Trebell.*, XXXVI, 1.

[4] Vegg. in proposito tutto il titolo *de condictione indebiti*, XII, 7, e Papiniano nel fr. 5, § 1, *de cond. sine causa*, XII, 7. Chi consegna ad altri una cosa che crede dovergli, ma che effettivamente non gli deve, ne trasmette la proprietà al ricevente; e questi ha soltanto l'obbligo *personale* di restituire ciò che ne ebbe indebitamente.

[5] Julianus, fr. 36, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. Il fr. 18, pr. *de rebus creditis*, XII (di Ulpiano), che sembra contraddire a questa massima, dice soltanto che non passa la proprietà quando il ricevente non aveva l'intenzione di acquistare la proprietà, ma ricevette la cosa con altro intendimento per esempio a titolo di deposito o di comodato. (Vedi Fil. Serafini, nell'*Archivio giur.*, I, 51).

[6] Julianus, fr. 38, § 1, *de adq. poss.*, XLI, 2; Ulpianus, fr. 7, § 3, e fr. 9, pr. e § 1, *de iure dotium*, XXIII, 3.

[7] Inst., *quib. al. lic.*, II, 18; Cod., IV, 51; VII, 36; Dig., XXII, 5.

Ci resta ora a parlare degli effetti della tradizione. Allorquando la tradizione riunisce i requisiti suesposti, ha per effetto di trasferire all'acquirente la proprietà della cosa consegnatagli; ma siccome nessuno può trasferire più di quel che ha, così il dominio passa all'acquirente nelle medesime condizioni, nelle quali si trova presso il trasferente. Laonde se era limitato da servitù, ipoteche o altro diritto reale, passa con questa limitazione; ma d'altra parte se esistevano servitù attive ed altri diritti reali a favore della cosa trasferita, questi diritti competono al nuovo proprietario [1]. Vuolsi però avvertire che all'acquirente passano soltanto i diritti ed i pesi inerenti alla cosa (*iura in re*), non però le obbligazioni ed i diritti personali del trasferente. Di qui viene che se chi ha locato un fondo lo vende, prima che sia scaduto il termine della locazione, e lo consegna al compratore, questi non è obbligato di stare alla locazione, appunto perchè il diritto del conduttore non è un diritto reale, ma un diritto di credito che può far valere contro il locatore [2].

Diversamente dal diritto romano il Codice civile (art. 1597) dispone che, quando la locazione sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o scrittura privata di data certa, il compratore è tenuto a stare alla locazione. Da questa disposizione però non deriva, come pretendono alcuni, che pel nostro Codice il diritto del conduttore sia un diritto reale [3].

DELLA TRADIZIONE SECONDO IL CODICE CIVILE. — Il Codice civile, a differenza del diritto romano, dichiara che la proprietà si può acquistare per effetto di convenzioni (art. 710) e all'articolo 1448 dispone che « la vendita è perfetta fra le parti e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa ». Lo stesso è detto all'art. 1062 per la donazione accettata; la

---

[1] ULPIANUS, fr. 20, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1.

[2] GAIUS, fr. 25, § 1, *locati*, XIX, 2; JULIANUS, fr. 32, *eod.*

[3] *Archivio giuridico*, IV, 31; V, 245. e PESCATORE, *Dottrine giuridiche*, pag. 118. Cfr. *Giurispr. torinese*, X, 251-253.

quale ha per effetto di trasferire la proprietà delle cose donate, senza necessità di tradizione.

Questo principio però soffre tali limitazioni da esserne quasi distrutto e difatti la traslazione della proprietà degli immobili non ha effetto di fronte ai terzi, senza la trascrizione. Laonde se taluno vendesse successivamente a due persone lo stesso fondo, ne acquisterebbe, con preferenza sull' altro, la proprietà quello dei due compratori che fosse stato più sollecito a trascrivere il suo titolo (art. 1932 e 1842). La trascrizione (che è una specie di tradizione pubblica) è dunque necessaria di fronte ai terzi per la traslazione della proprietà. E quanto alle cose mobili vale il principio che il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo (art. 707) e che se la medesima cosa mobile fu successivamente alienata a due persone, quella fra esse a cui fu consegnata, è preferita all'altra, sebbene il suo titolo sia posteriore di data (art. 1126).

Come si vede, *di fronte ai terzi*, non basta il contratto, ma è necessaria la tradizione. *Di fronte all'alienazione* si ottiene il proprio scopo con l'azione personale, e perciò non era affatto necessario stabilire questo passaggio della proprietà per sola convenzione. Del resto, come mettere d'accordo l'art. 1448 con l' art. 1459 che dichiara nulla la vendita di cosa altrui? Se la proprietà passa per solo effetto della vendita al primo compratore, la vendita succesiva dovrebbe esser nulla: in quella vece è valida precisamente la vendita successiva, quando sia avvenuta la consegna, o quando siasi operata la trascrizione (art. 1126, 1932 e 1942). Esiste poi contraddizione anche tra gli art. 1447 e 1448 poichè, mentre il primo dice che la vendita è un contratto per cui il compratore diventa *creditore* della cosa, il secondo dice invece che il compratore per effetto del contratto diventa *proprietario* della cosa.

§ 65.

Dell' aggiudicazione

L'aggiudicazione è la sentenza con la quale, nei giudizi divisori, viene assegnata a ciascuno dei comproprietari la pro-

prietà esclusiva di una parte materiale della cosa, in surrogazione, della parte intellettuale che loro apparteneva sulla medesima. I giudizii divisorii, nei quali appunto può aver luogo l'aggiudicazione, sono quelli di divisione di un'eredità *(actio familiae erciscundae)*, di rettificazione di confini *(finium regundorum)* e di divisione di una cosa comune fra più condomini *(communi dividundo)* [1]. L' aggiudicazione è un modo speciale di acquistare il dominio, perocchè per essa ognuno dei condividenti acquista la cosa o la parte materiale che gli viene aggiudicata senza bisogno di tradizione, semprechè la cosa spettasse veramente ai condividenti [2].

L'aggiudicazione può aver luogo anche nel caso che il pegno offerto in vendita non trovi alcun compratore *(impetratio dominii)* [3], e nel caso della *missio in possessionem damni infecti nomine*, di cui parleremo nella teoria dei danneggiamenti.

Da non confondersi coll' aggiudicazione è la sentenza con cui il giudice, nelle cause di proprietà riconosce nell' attore l' invocato diritto di proprietà, poichè una simile sentenza non fa che riconoscere il dominio già esistente [4].

§ 66.

Dell' usucapione. Nozione e storia.

L' usucapione è un modo di acquistare il dominio di una cosa mediante il possesso della medesima protratto durante il

---

[1] Cfr. A. BERGER, *Zur Entwickelungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht.* Weimar 1912.

[2] §§ 5-7, Inst., *de off. iud.*, IV, 17; MARCELLUS, fr. 17, *de usuc.*, XLI, 3; Cod. civ., art. 684 e 984.

[3] Vedi § 95 in fine e Cod. proc. civ., art. 643, 644.

[4] Fr. 8, § 4, *si serv. vind.*, VIII, 5 (ULPIANUS), combinato col fr. 32, § 1, *de rei vind.*, VI, 1. Coll'aggiudicazione non va confuso nemmeno l'acquisto della cosa controversa, che, secondo il diritto classico, faceva il possessore soccombente nel giudizio di rivendicazione, quando preferiva, anzichè restituire la cosa, pagare la *litis aestimatio:* in tal caso si aveva una vendita forzosa. Fr. 46, *de rei vind.*, VI, 1. Vedi il § 75.

tempo e con le condizioni prescritte dalla legge [1]. È un istituto reclamato dal pubblico bene, perchè altrimenti i dominii rimarrebbero sempre incerti: e d'altro canto è lasciato un termine conveniente al proprietario, contro cui essa decorre, per tutelare e far valere il suo diritto [2].

USUCAPIONE NEL DIRITTO CIVILE ANTICO. — Antichissima è l'origine dell'usucapione, e già nella legge delle dodici tavole trovasi disposto che la proprietà di un fondo si acquista col possesso di due anni, delle altre cose col possesso di un anno [3]. L'usucapione si applicava specialmente ai seguenti casi, cioè: 1° per trasformare il dominio bonitario in dominio quiritario [4]; 2° quando la traslazione del dominio era mancata per difetto di diritto nell'alienante, per esempio, quando questi non fosse proprietario [5]. L'usucapione richiedeva le seguenti condizioni: il *commercium* nel subbietto e nell'obbietto e il possesso giuridico incominciato con giusta causa e in buona fede e protratto durante il tempo stabilito dalla legge.

Commercium nel subbietto. — Per mancanza dell'*ius commercii* non potevano usucapire i peregrini [6]. Se un peregrino possedeva una cosa appartenente ad un cittadino romano, questi poteva

[1] MODESTINUS, fr. 3, *de usurp.*, XLI, 3: *Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.*

[2] GAIUS, fr. 1, *eod.*: *Bono pubblico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.*

[3] GAI, II, 42: *Mobilium quidem rerum anno completur usucapio, fundi vero et aedium biennio, et ita lege XII tab. cautum est.* Veramente le dodici tavole non parlano degli edifici, ma soltanto dei fondi, ma ben presto vennero parificati ai fondi. CIC., *Top.*, 4, 23: *quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sic etiam aedium: at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum omnium, quarum annus est usus.* CIC. *Pro Caecina*, 19: *Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium: at utimur eodem iure in aedibus quae in lege non appellantur.* E ULPIANO (XIX, 8) così definisce l'usucapione: *est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.*

[4] Id., II, 41. Vedi § 60.

[5] Id., II, 43. Cfr. Inst., pr. *de usuc.*, II, 6.

[6] Id., II, 65. Cfr. Inst., pr. *de usuc.*, II, 6.

sempre rivendicarla, poichè di fronte ai peregrini la proprietà non andava mai perduta [1].

Commercium nell' obbietto. — Di fronte all' usucapione non aveva alcun valore la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Tuttavia soltanto quelle cose che erano capaci di proprietà civile potevano essere usucapite. Erano quindi escluse dall' usucapione non solo le cose sottratte in genere al commercio dei privati, ma eziandio i fondi provinciali [2]. In particolare poi erano escluse dall' usucapione le cose furtive *(lex Atinia)* finchè non fossero tornate in potestà del proprietario [3], le *res vi possessae (lex Plautia)* [4], le *res mancipi* della donna sottoposta alla tutela degli agnati che fossero state alienate senza l' *auctoritas* del tutore [5], i cinque piedi che intercedevano fra i fondi aventi una ufficiale limitazione *(agri limitati)* [6], le cose incorporali [7] e quelle cose che non potevano essere alienate per divieto di legge [8].

Possesso. — Per l' usucapione occorre il possesso giuridico: questo dev' essere continuo; avere un *iustum initium* (buona fede e giusto titolo), ed esser durato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Tali requisiti verranno spiegati più innanzi. Quì basterà esaminare due casi eccezionali, pei quali non era necessario il giusto principio nel possesso, cioè l'*usucapio lucrativa pro herede* e l' *usureceptio*.

Usucapio pro herede. — Nel tempo che intercedeva fra la morte di una persona e l' adizione dell' erede non solo, ma eziandio la presa di possesso dell' eredità, ciascheduno poteva nella prima età del diritto romano prender possesso a piaci-

---

[1] *XII Tab.* (III): *Adversus hostem aeterna auctoritas.* Alcuni intendono la legge nel senso che i Romani non potessero usucapire le cose dei peregrini.

[2] Gvi., II, 46. Vedi § 60.

[3] Id. II, 45; Gell. XVII, 7: *Quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas.* Vedi Julianus, fr. 33, pr. *de usurp.*, XLI. 3; § 2, Inst., *de usucap.*, II, 6, e Teofilo su questo passo.

[4] Vedi la nota preced. e Tryphoninus, fr. 86, *de furt.*, XLII, 2.

[5] Gai., II. 47. Ma vedi *Vat. fragm.*, § 1.

[6] Cicero, *De ligib.*, I, 21.

[7] Gaius, fr. 9 *de usurp.*, XLI, 3; Paulus, fr. 4, § 27, *eod.*

[8] Paulus, fr. 28, *de verborum significatione*, L. 16.

mento delle cose ereditarie, e, quando le avesse possedute per un intero anno, usucapiva non solo le cose singole, ma anche il diritto di eredità [1]. Questa usucapione non esigeva le condizioni ordinarie del giusto titolo e della buona fede, nè ammettevasi la possibilità di un furto sopra cose non ancora possedute dall' erede [2]. Si dà come scopo di tale acquisto irregolare del diritto ereditario quello di costringere il vero erede, massime nell' interesse dei creditori e dei *sacra*, ad aderire sollecitamente l' eredità [3].

A poco a poco però questa usucapione andò perdendo del suo significato pratico. Si cominciò difatti ad ammettere soltanto come modo d' acquisto di singoli oggetti ereditari, non più del diritto stesso di successione [4]: si fece valere contro gli eredi estranei, non più contro il *necessarius heres* [5], nè contro i *sui heredes* [6]: quindi il pretore le sostituì nella *bonorum possessio* un modo più regolare e sicuro di ottenere in breve ed almeno provvisoriamente un successore. L'*interdictum quorum bonorum* estese l' obbligo della restituzione a vantaggio del *bonorum possessor* anche alle cose già usucapite, e finalmente un senatoconsulto sotto Adriano dette la medesima forza alla *hereditatis petitio* dell'erede civile [7]. Dal momento che l' *usucapio pro herede* ebbe perduto il suo scopo primitivo, apparve come moralmente riprovevole, e di qui i nomi di *lucrativa* e *improba* e di *praedo* pel possessore [8]. Ciò nonostante si mantenne fino a Giustiniano [9] coi suoi requisiti accennati di sopra, e vi è unicamente da osser-

[1] Gai., II, 52-56.

[2] Paul., *Sent.*, II, 31, § 11: *Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest;* Gai., III, 201. Cfr. Ulpianus, fr. 1, § 15, *si is qui test. lib.*, XLVII, 4; Julianus, fr. 40, *de noxal. act.*, Paulus, fr. 6, *expil. hered.*, XLVII, 19.

[3] Gai., II, 55.

[4] Id., II, 54; Cic., *Ad Attic.*, I, 5; Seneca, *De ben.*, VI, 5.

[5] Id., II, 58; Gai., III, 201.

[6] Const., 2, Cod., *pro herede*, VII, 29.

[7] Gai., II, 57; Ulpianus, fr. 20, § 6, *de her. pet.*, V, 3.

[8] Id., II, 53; Ulpianus, fr. 1, § 9 e fr. 2, § 1, *si quis om. caus.*, XXIX, 4.

[9] C. un., § 3, Cod., *de usucap. transform.*, VII, 31.

vare, quanto alla esclusione del furto, che fino dall'età classica si era introdotto un *crimen extraordinarium expilatae hereditatis* in luogo dell'*actio furti,* che si continuava a ritenere inapplicabile alle cose ereditarie non ancora possedute dall'erede [1].

USURECEPTIO. — In altri due casi era ammessa dal diritto romano più antico una usucapione irregolare, vale a dire nel caso di una cosa mancipata *fiduciae causa* o di fondi pignorati allo Stato e da lui venduti *(ex praediatura)* [2].

Usureceptio fiduciae. — Quando taluno aveva mancipata o ceduta *in iure* ad altri una cosa, a patto di una rimancipazione futura *(fiduciae causa)* sia come pegno per una sua obbligazione, sia come deposito, ne riacquistava la proprietà col possesso di un anno (anche per i fondi) come se la cosa gli fosse stata rimancipata [3]. Questa *usureceptio* non mancava di un titolo, quando ad ogni modo l'usucapiente avrebbe potuto esigere la rimancipazione, ma le mancava ogni titolo e diveniva quindi una *lucrativa usucapio,* quando il creditore non era soddisfatto [4].

Usureceptio ex praediatura. — Quando lo Stato vendeva qualche fondo a lui pignorato, l'acquirente chiamavasi *praediator* [5]. Ora se questi per due anni continui non faceva uso del suo diritto e lasciava in possesso il precedente proprietario, esso riacquistava il dominio del fondo per usucapione.

La differenza dei termini in queste due specie distinte di *usureceptio* si spiega con ciò, che nel primo caso si considerava come oggetto dell'usucapione la *fiducia* medesima, che apparteneva alle *ceterae res* delle XII tavole, nel secondo invece gli stessi fondi, per i quali non era possibile se non l'usucapione biennale.

---

[1] Tit. Dig. XLVII, 9, *expil. hereditatis.*

[2] GAI., II, 59-61.

[3] Id., II, 59.

[4] Id., II, 60.

[5] GAIUS, II. 61. Sopra l'*ius praediatorum* veggasi la rubrica del fr. 54, *de iur. dot.,* XXIII, 3; VARR., *de L. L.,* V, 40; FEST., v. *Manceps, Praes, Compraedes,* e sovratutto lo statuto municipale malacitano, capitoli 63, 64 e 65, in BRUNS, I, 147.

LONGI TEMPORIS PRAESCRIPTIO. — La usucapione, quale fu descritta fin qui, non era applicabile se non a quelle cose, che potevano essere oggetto di proprietà civile. Pure lo stesso bisogno di fissare definitivamente molti rapporti giuridici incerti si dovette sentire anche di fronte alle cose, che di quella proprietà non erano capaci, e massime di fronte ai fondi provinciali. Appunto per soddisfare a codesto bisogno il pretore introdusse un istituto analogo a quello dell'usucapione, cioè la *longi temporis praescriptio*, chiamata anche *longi temporis exceptio*. In origine questa *longi temporis praescriptio*, come lo indica anche il nome [1], altro non era che un' eccezione che il possessore poteva opporre alla rivendicazione del proprietario. Chi possedeva da lungo tempo una cosa acquistata con buona fede e con giusto titolo poteva difendersi con la *exceptio* ossia *praescriptio longi temporis* contro l'azione di rivendicazione e mantenersi nel possesso della medesima. In seguito però questa eccezione accrebbe la sua efficacia e giunse indirettamente a far le veci di una vera usucapione. E difatti se chi aveva posseduto una cosa con giusto titolo e in buona fede ne perdeva il possesso, poteva agire con una utile rivendicazione per riavere la cosa, e se il convenuto opponeva l'*exceptio iusti dominii*, quegli poteva opporre la *replicatio longi temporis*. Per tal modo la *praescriptio longi temporis* si avvicinò di molto all'*usucapio*, talchè, divenuti tutti gli abitanti dell'impero cittadini romani, ed uguagliati nelle condizioni giuridiche il suolo italiano ed il suolo provinciale, le cui istituzioni, che praticamente non differivano ormai più che circa alla durata del possesso, poterono facilmente essere fuse insieme; e Giustiniano operò cotale fusione riducendole ad una sola. A questo effetto egli dichiarò innanzitutto in modo espresso che la *longi temporis praescriptio* era effettivamente un modo di acquisto della proprietà [2]; poscia abolì l'antica usucapione biennale dei

[1] Vedi §§ 38 e 45.

[2] Const. 8, pr. *de praescr. XXX ann.*, VII, 39: *Si quis emptionis vel donationis vel alterius cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit... posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandum rem eandem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.*

fondi italici, ordinando che tutti gli immobili, senza distinzione tra fondi italici e provinciali, potessero acquistarsi col possesso di dieci o vent'anni, e portò a tre anni l'usucapione dei mobili [1].

§ 67

Usucapione ordinaria del diritto giustinianco.

L'usucapione ordinaria, come si è spiegato nel paragrafo precedente, è una fusione dell'antica *usucapio* o della *longi temporis praescriptio*. Mediante essa, colui che in buona fede e per giusto titolo possiede una cosa suscettiva di essere usucapita per tre anni continui se mobile, per dieci (o venti) se immobile, ne acquista la proprietà. Esaminiamo a parte i singoli requisiti della medesima.

Possesso. — Il primo requisito dell'usucapione è il possesso nel senso proprio della parola, cioè il possesso giuridico. Coloro che detengono una cosa in nome altrui, come il conduttore, il depositario e il comodatario, non possono usucapire la cosa che detengono. Così pure non possono essere usucapite le cose che non possono essere possedute, come sarebbero le cose incorporali e quelle che, formando parte integrante di un tutto, hanno perduto la loro esistenza individuale (§ 50). Tuttavia l'usucapione già incominciata di una cosa non resta interrotta dal fatto che il possessore l'abbia unita ad un'altra cosa da lui posseduta, poichè con questa unione egli non ne ha perduto il possesso. Infatti per perdere il possesso di una cosa occorre un fatto contrario (§ 53), che ci ponga nella positiva impossibilità di esercitare il nostro potere su quella cosa, o provi la nostra intenzione di non volerla più possedere. Ora chi, possedendo una cosa, la

---

[1] Const. un., *de usuc. transform.*, VII, 31. Sebbene per la riforma di Giustiniano l'*usucapio* e la *praescriptio longi temporis* sieno state fuse in una istituzione sola, tuttavia i compilatori dei libri giustinianei hanno evitato di adoperare il vocabolo *usucapio* per l'usucapione degli immobili, ed usarono invece quasi sempre quello di *praescriptio longi temporis* o anche quello di *longo tempore capio* o altri simili. Lo stesso fece il Codice civile, art. 2105.

unisce ad altra cosa da lui posseduta, non perde con ciò il fisico potere sulla medesima, nè palesa l'intenzione di non volerla più possedere, e quindi non ne perde il possesso.

Se le parti unite vengono staccate dopo compita l'usucapione, chi è diventato proprietario per usucapione del tutto, non è per ciò solo diventato proprietario anche delle singole parti, quando egli non le abbia possedute prima dell'unione, e quindi il proprietario di quelle parti staccate potrà rivendicarle. Per esempio: Tizio fabbrica una casa sul proprio fondo con materiali di Caio; in seguito la casa passa nel possesso di Sempronio, il quale ne diventa proprietario per usucapione. Se, compiuta l'usucapione della casa, i materiali di Caio vengono separati dalla casa, egli potrà rivendicarli. Difatti coll'usucapione della casa non si sono usucapiti i singoli materiali. Sempronio non ha mai avuto il possesso separato dei singoli materiali, e quindi non ne è diventato proprietario[1].

Tuttavia se è stato lo stesso proprietario dei materiali che li ha uniti alla casa sua, e se questa è poi diventata proprietà di un terzo per usucapione, allora egli non può rivendicare i materiali che eventualmente venissero staccati, perchè coll'avere egli stesso unite le parti al tutto, egli ha rinunciato alla proprietà separata delle singole parti, e non ha conservato che la proprietà del tutto, cioè dalla casa: ora se questa casa è stata usucapita da un terzo, quegli non ha più diritto di rivendicare le parti, sebbene sieno state separate.

Buona fede. — Per buona fede si intende il convincimento di non commettere un'ingiustizia nell'appropriarsi la cosa. Di regola chi vuole prevalersi dell'usucapione deve avere il convincimento di acquistare la proprietà quando abbia preso possesso della cosa; ma con ciò non è sempre necessario, poichè se taluno

---

[1] Paulus, fr. 23, § 7, *de rei vind.*, VI, 1: *Item si quis ex alienis caementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, caementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiam si post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.* E noi crediamo che questa decisione si applichi anche al caso in cui la casa e i materiali unitivi appartengano al medesimo proprietario.

si crede erroneamente incapace di acquistare la proprietà, non ha di certo quel convincimento, eppure, s'egli ha acquistato la cosa con giusto titolo da uno, che egli riteneva proprietario, è possessore di buona fede e può usucapire [1].

Lo stesso dicasi nel caso che il possessore creda erroneamente inefficace il titolo, pel quale ha acquistata la cosa. Se, per es., la moglie dona al marito una cosa altrui, il marito che accetta la donazione (credendo erroneamente che la cosa appartenesse alla moglie) ne può diventare proprietario per usucapione, sebbene sappia che la moglie non poteva trasferirgliene il dominio in causa appunto della nullità delle donazioni fra coniugi [2].

Dall'altro lato il convincimento di acquistare la proprietà della cosa di cui si prende possesso non è sempre sufficiente a costituire la buona fede [3].

La buona fede deve esistere al momento dell'acquisto del possesso, ma non è necessario che continui per tutto il tempo della sua durata [4]. Allorquando il possesso della cosa si acquista in virtù di un contratto di compra e vendita, la buona fede deve esistere non solo all'atto della consegna, ma nel momento

---

[1] PAPINIANUS, fr. 44, § 4, *de usurp.*, XLI, 3: *Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessioni adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitum nec possidere possit?*

[2] POMPONIUS, fr. 3, *pro donato*, XLI, 6. Lo stesso POMPONIO nel fr. 5, pr. *pro derelict.*, XLI, 7, fa il seguente caso. Io compero da Tizio una cosa che so essergli stata donata da sua moglie: ora sebbene io sappia che egli non era proprietario della cosa (per essere nulla la donazione fra coniugi), e quindi non poteva rendermi proprietario, pure, siccome so che egli era in possesso e disponeva della cosa per espresso volere della moglie, non commetto una ingiustizia nell'appropriarmi la cosa che egli mi vende, e quindi sono considerato come possessore di buona fede e ne posso diventare proprietario per usucapione. Altri esempi si trovano nel fr. 28, *de noxal. act.*, IX, 4; nel fr. 19, pr. e nel fr. 25, *de donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1.

[3] PAULUS, fr. 48, *de usurp.*, XLI, 3; JULIANUS, fr. 7, § 6, *pro empt.*, XLI, 4; POMPONIUS, fr. *pro suo*, XLI, 10.

[4] PAULUS, fr. 48, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1, C. un., Cod., *de usucap. transform.*, VII, 31. La regola *mala fides superveniens non nocet* è stata accettata anche dal Cod. civ., art. 702.

del contratto [1]. Quando poi si acquisti il possesso per mezzo di un rappresentante, non si ha riguardo alla buona fede di questo, ma a quella del rappresentato, la quale deve esistere nel momento in cui egli ebbe notizia dell'apprensione, perchè l'usucapione comincia appunto da questo momento [2]. La regola ora esposta, che, cioè, non si ha riguardo alla buona o mala fede del rappresentante, non si applica a quei casi eccezionali, nei quali taluno acquista il possesso senza il concorso della propria volontà, perchè in questi casi si richiede la buona fede nel rappresentante. È però da osservare che anche in questi casi l'acquirente non potrebbe usucapire, se al momento della presa di possesso egli fosse in mala fede [3].

La buona fede si desume dalle circostanze che accompagnarono l'atto d'acquisto. Quando l'usucapiente ha fornito la prova di tali circostanze che inducano a ritenerlo di buona fede, spetta all'avversario di provare ch'egli conosceva l'ingiustizia dello acquisto o che l'errore in cui versava era inescusabile avvertendo che di regola non si scusa che l'errore di fatto (§ 24).

Giusto titolo. — Il possesso dev'essere acquistato a quel modo e con quel titolo *(iusta causa)* con cui potrebbesi in genere acquistare la proprietà, quantunque nel caso speciale l'acquisto del possesso non possa per qualche ostacolo condurre senz'altro all'acquisto della proprietà. Chi pretende avere usucapita la proprietà deve, in caso di contestazione, fornire la prova di un siffatto acquisto del possesso; in altri termini deve provare il titolo dell'usucapione, un *iustus titulus possessionis.* Il titolo è giusto, quando esiste un fatto o negozio giuridico che in astratto è valido a fare acquistare la proprietà, sebbene in concreto vi sia un ostacolo che impedisca tale acquisto. Di regola questo ostacolo proviene da ciò che il tradente non era

---

[1] PAULUS, fr. 2, pr. e § 13, *pro empt.*, XLI, 4 e fr. 48, *de usurp.*, XLI, 3 combinato col fr. 7, §§ 16, 17, *de pub. act.*, VI, 2. Questo principio si applica nel diritto moderno anche alla donazione e alla permuta.

[2] PAULUS, fr. 47, *h. t.* XLI, 3 e fr. 2, § 12, *pro empt.*, XLI, 4. PAPINIANUS, fr. 49, § 2, *de adq. poss.*, XLI, 2. C. 1, *de adq. et ret. poss.*, VII, 32

[3] Vedi § 52 in fine. PAULUS, fr. 2, §§ 10-13, *pro empt.*, XLI, 3, PAPINIANUS, fr. 1, *h. t.*, XLI, 3.

proprietario o non aveva il diritto di alienare, ma può derivare anche da altri motivi. Ad ogni modo chi compie l'atto di acquisto deve ignorare l'ostacolo che vizia il suo acquisto, perchè altrimenti sarebbe in mala fede.

I titoli giusti sono tanti, quanti sono gli atti che tendono al trasferimento della proprietà. Nelle fonti troviamo ricordati specialmente i seguenti: *pro emptore,* quando il possessore comprò la cosa da chi non ne era proprietario o da chi non aveva la capacità di alienarla; *pro donato,* quando il possessore l'ebbe in dono da chi non ne era proprietario o da chi non poteva donargliela; *pro legato,* quando la ricevette a titolo di legato da chi non glie ne poteva trasferire la proprietà, o quando era viziosa la disposizione colla quale gli venne lasciata; *pro dote,* quando gli fu data in dote una cosa altrui; *pro soluto,* quando gli fu data in pagamento una cosa altrui; *pro herede,* quando possiede un oggetto ereditario nell'erronea opinione di essere effettivamente erede; *pro derelicto,* quando si impadronì di una cosa da lui creduta erroneamente senza padrone [1].

La semplice credenza nel possessore di avere un titolo giusto non basta di regola per l'usucapione, ma si richiede un titolo, che realmente esista. Vi sono però alcuni casi eccezionali, in cui l'erronea supposizione di avere un titolo è giustificata da circostanze tali, che la rendono scusabile. Allora si ammette per via di eccezione che la *credenza* di avere un titolo supplisca alla *realtà.* Ciò avviene per l'appunto quando il possessore per un errore scusabile fondato sopra ragioni obbiettive, creda in buona fede all'esistenza di un giusto titolo. In tali casi si parla di un titolo putativo. Africano fa l'ipotesi di chi, avendo avuto l'in-

---

[1] Questi titoli sono enumerati nel Digesto, XLI, 4-10. Quivi è pure indicato il titolo *pro suo,* ma questo non è già un titolo speciale, ma una qualifica che si dà a tutti i titoli, in virtù dei quali il possessore creda di essere diventato proprietario; quindi comprende tutti gli altri titoli da noi riferiti; quella qualifica però si adopera più specialmente per indicare quelli che non hanno una speciale denominazione, come quando si possegga una cosa in virtù di una disposizione giudiziale o di una divisione stragiudiziale. [Sulle singole *iustae causae usucapionis cfr.* BONFANTE nella *Ric. it. per le scienze giur.* (1894)].

carico di comperare una data cosa, se la procaccia in modo illecito e la conseguenza al mandante, dicendogli d'averla comprata. In tal caso il titolo *pro emptore* è putativo e rende giusto il possesso del mandante, benchè in realtà la cosa non sia stata comprata [1].

Continuazione del possesso durante il tempo prescritto dalla legge. — Questo tempo è per le cose mobili di tre anni, e per le cose immobili di dieci o venti anni, secondochè le parti abitano o no nella provincia *(inter praesentes, inter absentes)* [2]. Esso si computa civilmente, cioè a giorni e non a momenti: e l'ultimo giorno incominciato si ha per compiuto [3]. Durante quel tempo il possesso dev'essere continuo, vale a dire non interrotto, poichè l' interruzione del possesso interrompe anche il corso dell'usucapione, ed in modo che il possesso riacquistato non si può unire al possesso, che si ebbe prima dell' interruzione, ma deve incominciare una nuova usucapione dal giorno di quel riacquisto [4]. Oltre l'interruzione naturale del possesso havvi anche un'interruzione civile, la quale si verifica quando il proprietario intenta contro il possessore l'azione di rivendicazione. Nel diritto antico la contestazione della lite non valeva ad interrompere l'antica *usucapio;* ma la sentenza favorevole al proprietario rivendicante faceva sì che non avesse alcun effetto giuridico l' usucapione compitasi nel tempo intermedio, perchè il giudice nell'emanarla aveva riguardo al momento della contestazione della lite, ed a quest' istante l' usucapione non era per anco compita [5]. La *longi*

---

[1] Africanus, fr. 11, *pro empt.*, XLI, 4: *...nam si procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.* Vedi inoltre Paulus, fr. 2, §§ 15-16, *eod.*; Hermogenianus, fr. 9. *pro legato,* XLI, 8; Pomponius, fr. 4, § 2, *pro suo,* XLI, 10; Neratius, fr. 5, § 1, *eod.*

[2] C. un., *de usuc. transf.*, VII, 31; C. 12, *de praescr. l. t.*, VII, 33. Per il Codice civile vedi il nostro § 70.

[3] Venelucius, fr. 15, pr. *de dir. temp.*, XLIV, 3; Ulpianus, fr. 6-7. *de usurp.*, XLI, 3.

[4] Gaius, fr. 5, *de usurp.*, XLI, 3: Paulus, fr. 15, pr. e § 5, *eod;* Julianus, fr. 7, § 4, *pro empt.*, XLI, 4.

[5] Gaius, fr. 18 e 20, *de rei vind.*, VI, 1; Paulus, fr. 21 *eod.*

temporis praescriptio invece veniva interrotta anche nel diritto giustinianeo dall' incominciamento del processo [1], e quando poi, nella legislazione di Giustiniano, i due istituti vennero a fondersi in uno, si ritenne valida la contestazione della lite ad interrompere l' usucapione [2].

Il possessore può computare nel suo possesso anche quello del suo autore *(accessio possessionis)*, semprechè, s'intende, il possesso sia passato dall'uno all'altro senza interruzione e tanto il possesso dell'autore quanto quello del successore (a titolo singolare) riuniscano tutti i requisiti voluti per l'usucapione [3]. Il successore a titolo universale poi, siccome succede nella posizione giuridica del defunto, subentra anche rispetto all' usucapione nel suo rapporto giuridico e quindi si ha riguardo alla buona o mala fede di lui; non a quella dell' erede *(successio possessionis)*. In altri termini, se il defunto fu in buona fede, l' erede usucapisce sebbene sia di mala fede; e viceversa se il defunto fu di mala fede, l' erede, tuttochè di buona fede, non usucapisce [4].

[1] C. 2, *ubi in rem*, III, 19; C. 26, *de rei vind.*, III, 32; C. 1, 2 e 10, *de praescr. lond. temp.*, VII, 33; C. 4, *quib. non obo.*, VII, 53.

[2] C. 1, 2 e 10, *de praescr. temp.*, VII, 33; C. 2, *ubi in rem act.*, III, 19. È però da avvertire che, mentre l' interruzione *naturale* interrompe l' usucapione di fronte a tutti, quella *civile* non la interrompe che di fronte al proprietario rivendicante (C. 1, 3, *de ann. praescr.* VII, 40). L'art. 2125 del Cod. civ. it., dichiara interrotta la prescrizione in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta innanzi a giudice incompetente, di un precetto, o di un atto di sequestro intimato alla persona a cui si vuole impedire il corso della prescrizione, o di qualunque altro atto che la costituisca in mora di adempiere la obbligazione.

[3] Se l' autore era in mala fede, il successore a titolo singolare non può aggiungere al suo possesso quello dell' autore; ma egli può, se di buona fede cominciare un possesso *ex novo*, dal momento dell' acquisto, sebbene il suo autore (venditore, donante, ecc.) fosse in mala fede (fr. 5 e fr. 15, §§ 1-6, *de div. temp. pr.*, XLIV, 3. Cfr. art. 693, capoverso, del Cod. civ. Non occorre per la così detta *successio possessionis* che l' erede sia entrato nell' effettivo possesso della cosa.

[4] Neratius, fr. 40 *h. t.*, XLI, 3; Papinianus, fr. 43, pr. *cod.* Paulus, fr. 2, § 13, *pro empt.*, XLI, 4; fr. 30, pr. *ex quib. caus. maior.*, IV, 6; § 12, Inst., *de usuc.*, II, 6. Cfr. art. 693 del Codice civ.

§ 68.

Delle cose escluse dall'usucapione ordinaria [1].

Sono escluse dall'usucapione ordinaria: 1° le cose fuori di commercio; 2° le cose sottratte furtivamente o violentemente al proprietario e quelle vendute dal possessore di mala fede all'insaputa del medesimo [2]; 3° le cose ricevute in dono da un magistrato contro il dovere del suo ufficio e contro il divieto della legge [3]; 4° le cose dello Stato *(res fiscales)* e del principe, ed i beni stabili delle chiese, delle pie fondazioni e dei minori durante la minorità [4]; 5° le cose la cui alienazione è nulla per legge [5]. Da ultimo non si ammette che nelle controversie sulla

---

[1] Vedi SCHLOSSMANN, nella *Zeitschr. Sav.-Stift.*, XVIII, 196-213.

[2] Le dodici tavole avevano sottratto all'usucapione le *res furtivae*: la legge Atinia, di poco anteriore a Q. M. Scevola, confermando il divieto, introdusse il principio della purgazione del vizio per la *reversio ad dominum*; le leggi *Julia* e *Plautia* introdussero la purgazione del vizio per le *res vi possessae*. Il vizio del furto e della violenza si purga col ritorno della cosa nella libera disposizione del proprietario (PAULUS, fr. 4, § 6, *de usurp.*, XLI, 3; § 8, Inst., *de usuc.*, II, 6). Vedi GANDOLFO, nell'*Archivio giur.*, XXXV, 171-238. Intorno al *furtum usus* ed al *furtum possessionis* commesso dallo stesso proprietario sulle cose proprie vedi PAULUS, fr. 4, § 21, *de usurpat.*, XLI, 3 e fr. 20, § 1, *de furtis*, XLVII, 2; MODESTINUS, fr. 5, *pro emptore*, XLI, 4. Su questi testi che sembrano in contraddizione col fr. 49, *de usurp.*, XLI, 3 (di LABEONE), e con la Cost. 6, Cod., *de usucap. pro empt.*, VII, 26, vedi ENRICO SERAFINI, nell'*Antologia giuridica*, IV, 349-365; BORGNA, *La lex Atinia*, Cagliari 1897, e MANCALEONI, nel *Filangieri*, XXIII, 667-673.

[3] PAULUS, fr. 8, *de lege Jul. repet.*, XLVII, 11. Anche questo vizio si purga col ritorno della cosa nel potere del proprietario (fr. 48, pr. *de adq. r. dom.*, XLI, 1).

[4] C. 3, *quib. non obiic.*, VII, 35. C. 5, *in quib. caus. in int.*, II, 41.

[5] PAULUS, fr. 28, *de verb. sign.*, L, 16: « *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi* ». Sotto questo rapporto sono sottratti all'usucapione ordinaria: i fondi dotali (TRYPHONINUS, fr. 16, *de fundo dot.*, XXIII, 5); le cose lasciate in legato, che l'erede, benchè consapevole del legato, ha alienate (c. 3, § 3, *comm. de leg.*, VI, 43); le cose componenti il peculio avventizio dei figli di famiglia

rettificazione dei confini possano le parti fondare sull'usucapione ordinaria la proprietà del terreno che cade in questione [1].

§ 69.

Dell'usucapione straordinaria (praescriptio longissimi temporis).

Fino dai tempi di Teodosio II valeva il principio che l'azione di rivendicazione dovesse farsi valere nei termini di trent'anni, scorsi i quali veniva esclusa colla *praescriptio triginta annorum*, conosciuta sotto il nome di *praescriptio longissimi temporis*. Questa *praescriptio* non era già un mezzo di acquistare la proprietà, ma una semplice eccezione che il possessore poteva opporre all'azione di rivendicazione del proprietario; nondimeno il possessore poteva valersene anche se di mala fede e privo di giusto titolo (§ 45).

Giustiniano stabilì che il possesso trentennale, quando sia incominciato con buona fede, non solo possa servire come mezzo per respingere l'azione di rivendicazione, ma faccia acquistare la proprietà, sebbene il possessore difetti di titolo [2]. Per tal modo si è stabilita una nuova specie di usucapione, la così detta usucapione straordinaria. Essa si distingue dall'usucapione ordinaria in ciò che, mentre da un lato esige un termine più lungo, cioè di trent'anni ed in alcuni casi eccezionali di quaranta, dall'altro lato non richiede il giusto titolo, e corre anche riguardo a quelle cose che sono escluse dall'usucapione ordinaria, sempre che s'intende, sieno in commercio.

Ove poi il possessore trentennale sia di mala fede, può bensì valersi della *praescriptio longissimi temporis* per respingere la azione di chi volesse rivendicare la cosa da lui posseduta, ma

durante la patria potestà (c. 1. *de bonis matix.*, VI, 60 e c. 4. *de bonis quae lib.*, VI, 61); le cose di chi è soggetto a tutela o curatela, le quali non possono alienarsi senza decreto del giudice (ULPIANUS, fr. 3, § 5. *de reb. eor.*, XXVII, 9); le cose litigiose, salvochè l'attore non abbia rinunciato al giudizio (c. 1, *de praescr. longi temp.*, VII, 33).

[1] Const. 6, *de fin. reg.*, III, 39.

[2] Const. 8, *de praescr. 30 vel 40 ann.*, VII, 39.

egli stesso non ne acquista la proprietà per quanto venga protratto il suo possesso e per conseguenza se egli ne perdesse il possesso, non avrebbe diritto di rivendicarla, appunto perchè non ne è diventato proprietario.

§ 70.

Dell' usucapione secondo il Codice civile.

Il Codice civile patrio abbraccia la prescrizione estintiva delle azioni e l'usucapione sotto il vocabolo generale di *prescrizione,* che definisce *un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto* (prescrizione acquisitiva) *od è liberato da un' obbligazione* (prescrizione estintiva) (art. 2105).

Dovendoci occupare in questo luogo soltanto dei mezzi di acquistare la proprietà, non parleremo che della così detta prescrizione acquisitiva, la quale si deve dire più propriamente usucapione.

Innanzi tutto è da avvertire che l' usucapione del nostro Codice non si riferisce che agli immobili ed ai diritti reali sugli immobili, e non si applica alle singole cose mobili, producendo per queste ultime il possesso di buona fede l'effetto stesso del titolo; quindi chi ha ricevuto in buona fede cose mobili per loro natura, o titoli al portatore, ne acquista col possesso anche la proprietà, sebbene il trasferente non fosse proprietario (art. 707). Secondo il Codice di commercio (art. 57), non si ammette la rivendicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati che nelle mani dell'inventore o del ladro, o di coloro che li hanno acquistati conoscendo il vizio della causa di possesso. L'art. 57 del Codice di commercio non regola *tutto* il tema della rivendicazione dei titoli al portatore in materia commerciale, ma soltanto la rivendicazione di titoli *rubati* o *smarriti;* e anche per questo caso esige, per concedere la rivendicazione, la mala fede dell' acquirente, quindi il detto articolo non fa che derogare in materia commerciale agli articoli 708 e 709 Codice civile, che permettono la

rivendicazione anche contro l'acquirente di buona fede. Rimangono in pieno vigore gli articoli 439 e 707 del Codice civile, il quale ultimo articolo non protegge menomamente l' acquisitore di mala fede. In conclusione, la rivendicazione dei titoli al portatore contro il possessore di mala fede è da ammettere anche fuori dei casi di furto e smarrimento; l'art. 57 del Codice di commercio si limita a negare la rivendicazione contro i possessori di buona fede; rivendicazione cui sarebbero esposti per gli articoli 708 e 709 del Codice civile quando si tratti di cose rubate o smarrite (art. 708).

I requisiti dell' usucapione secondo il nostro Codice civile sono: il possesso legittimo, la buona fede, un titolo debitamente trascritto che non sia nullo per difetto di forma, e finalmente la decorrenza del tempo determinato dalla legge.

Possesso legittimo. — Il possesso è legittimo quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tenere la cosa come propria (art. 686). Il possesso si interrompe naturalmente o civilmente; *naturalmente* quando il possessore viene privato per più d'un anno del godimento della cosa; *civilmente* in forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente (art. 2124 e 2125), semprechè la citazione non sia nulla per incompetenza dell'uffiziale che l'ha eseguita, o per difetto di forma, o l'attore non abbia receduto dalla domanda, o questa non sia perenta o rigettata (art. 2128). L' usucapione è pure interrotta civilmente quando il possessore riconosca il diritto di quello contro cui era cominciata (art. 687).

Come già fu avvertito altrove, si presume sempre che ciascuno possieda per se stesso ed a titolo di proprietario, quando non si provi che egli abbia cominciato a possedere in nome altrui; ma quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non vi sia prova in contrario. Nessuno poi può cangiare riguardo a sè medesimo la causa e il principio del suo possesso, per cui se taluno detiene una cosa altrui come conduttore, o come usufruttuario, od a titolo precario, non può col

semplice mutamento di volontà cominciare a possedere in nome proprio [1].

Chi ha cominciato a possedere una cosa con violenza o clandestinità, quando queste sieno cessate, può cominciare a possederla legittimamente ed usucapirla (art. 689).

Buona fede. — È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire la proprietà, del quale ignorava i vizi (art. 701). La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova (art. 702).

Titolo debitamente trascritto. — Chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore l'usucapione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione (art. 2137). La trascrizione non si applica ai mobili, ma di questi, come già fu osservato, si acquista la proprietà contemporaneamente al possesso di buona fede, semprechè non si tratti di mobili smarriti o rubati, poichè il proprietario di questi ha per due anni l'azione contro l' acquirente di buona fede per riaverli (art. 2146). Se il possessore in buona fede della cosa rubata o smarrita l'ha comprata in una fiera o in un mercato, ovvero in occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che fa pubblico spaccio di simili oggetti, non è obbligato a restituirla al proprietario che dietro il rimborso del prezzo d' acquisto (art. 709).

Decorso del tempo determinato dalla legge. — Il tempo ordinario dell'usucapione è di dieci anni, computabili dalla data della

[1] Art. 2118. Questo principio già riconosciuto dal diritto romano (*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*) è una conseguenza della regola che per perdere il possesso, che esercitiamo per mezzo di altri, si richiede che il nostro rappresentante manifesti con un atto esteriore di non voler più possedere per noi (vedi § 53, in fine). Di qui viene che se il detentore, in nome altrui, fa opposizione al diritto del proprietario, scacciandolo, per esempio, dal fondo, egli può benissimo mutare la causa o il titolo del possesso, della cosa che teneva e diventarne proprietario per usucapione semprechè, s' intende, concorrano gli altri requisiti (art. 2116).

trascrizione del titolo [1]. Il successore a titolo singolare può unire al proprio possesso quello del suo autore, purchè e l'uno e l'altro non sieno viziosi; altrimenti può valersi soltanto del proprio non vizioso (art. 693). Il successore a titolo universale continua di diritto il possesso del suo autore, e per conseguenza non può usucapire se quest'ultimo possedeva in nome altrui *(ivi)*.

Infine avvertiremo che non corre mai l'usucapione: fra i coniugi; fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta; fra il minore o l'interdetto e il suo tutore, finchè non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; fra l'erede e l'eredità accettata col benefizio d'inventario; fra le persone che per legge sono sottoposte alla amministrazione altrui e quelle a cui l'amministrazione è concessa (art. 2119). Le servitù non apparenti e le servitù discontinue sono pure escluse da qualunque usucapione (art. 630).

Non si possono inoltre acquistare coll'usucapione ordinaria di dieci anni le cose dei minori non emancipati, degli interdetti per infermità di mente e dei militari in servizio attivo in tempo di guerra, i fondi dotali della moglie e quelli specialmente ipotecati per la dote e l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali durante il matrimonio. Coll'usucapione trentennale però il terzo possessore può acquistare la proprietà anche di queste cose (art. 2121). E si noti che il possessore trentennale di una cosa qualunque può sempre respingere l'azione di rivendicazione, sebbene difetti di titolo e di buona fede (art. 2135). Nello stesso termine di trent'anni si possono usucapire senza titolo anche le servitù continue apparenti (art. 629). Così pure il proprietario del fondo inferiore può usucapire la servitù dell'acqua che sorge nel fondo superiore, nel quale da trent'anni abbia fatto e terminato

[1] Art. 2137. L'usucapione si compie a giorni interi e non ad ore (art. 2133), e si compie allo scadere dell'ultimo giorno del termine (art. 2141), mentre per diritto romano, secondo l'opinione dominante, si compiva col principiare dell'ultimo giorno.

opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo (art. 541) [1].

§ 71.

Unione della cosa propria coll' altrui (accessione).

Se una cosa si aggiunge e si unisce ad un'altra, in modo da formare un tutto inseparabile, il proprietario della cosa principale, estendendo la sua proprietà sull'intero oggetto, acquista la proprietà anche di quella che vi si è aggiunta, giusta il principio *accessio cedit principali* [2].

I casi principali sono i seguenti:

ALLUVIO. — L' alluvione è quell'incremento di terra che si forma presso le rive dei fiumi o torrenti, quando questi, a cagione di lenti, impercettibili depositi, vanno ritirandosi da una delle sponde. L' acquisto cade propriamente sull' alveo, che a poco a poco rimane scoperto, quantunque comprenda anche le particelle depositate, in quanto facevano parte dell' alveo acquistato [3].

AVULSIO. — Se l' impeto del fiume stacca ad un tratto un pezzo di terreno e lo trasporta alla nostra riva, noi lo acquistiamo quando si è consolidato col nostro fondo, il che si verifica normalmente quando gli alberi del terreno avulso posero le loro radici anche nel nostro [4].

---

[1] Secondo alcuni, la prescrizione acquisitiva trentennale varrebbe per l'acquisto di qualunque specie di servitù, non escluse le discontinue e non apparenti. Vedi PESCATORE, *Giornale delle Leggi* IV, 41.

[2] ULPIANUS, fr. 19, § 13, *de auro argento*, XXXIV, 2; Cod. civ., art. 443. Nulla importa poi per l'acquisto della proprietà che l' accessione o unione sia avvenuta per caso fortuito o per opera dell' uomo; questa circostanza non può influire che sulla questione del risarcimento. Vedi su questo argomento SEGRÉ, *Intorno all' acquisto per accessione*, nel *Foro italiano*, XVI, 349.

[3] § 20, Inst., *de rer. div.*, II, 1; Cod. civ., art. 453. Cfr. PAMPALONI, nella *Rivista critica delle scienze giuridiche*, I, pag. 46; BRUGI, c. XVI.

[4] § 21, Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 1, *de adq. rer. dom*, XLI, 1. Secondo il PAMPALONI (*Archivio giur.*, XXXVI, 167 e seg. e *Sopra l' isola formata per avulsione*. Prato 1885) è indifferente che il consolidamento o l' immissione delle radici avvenga col suolo sottostante (già alveo, ora ac-

ALVEUS DERELICTUS. — Se un fiume o torrente abbandona del tutto il suo alveo primitivo, questo spetta ai proprietarii confinanti alle due rive. Essi se lo dividono sino al mezzo dell'alveo medesimo, secondo l'estensione della fronte del fondo di ciascuno [1].

INSULA IN FLUMINE PUBLICO NATA. — Ove un'isola emerga dalle acque di un fiume pubblico, è considerata come un'accessione dei fondi situati lungo l'una o l'altra riva, in proporzione dell'estensione delle fronti che hanno sul fiume. Se l'isola è surta in mezzo al fiume, i frontisti di ambedue le sponde hanno diritto di spartirsela; ed a questo effetto si immagina condotta una linea che divida il letto del fiume in due parti eguali (linea mediana); la parte dell'isola che rimane a destra di questa linea immaginaria appartiene ai frontisti di destra, e l'altra parte che rimane a sinistra appartiene ai frontisti di sinistra. Ma ove l'isola rimanga tutta da una parte di questa linea immaginaria, appartiene intieramente ai frontisti di quella parte [2]. Se il fiume, dividendosi in

---

cessione del fondo) o con la riva. Vedi su questa materia LANDUCCI, nell'*Archivio giurid.*, XXXI, 57; PAMPALONI, negli *Studi senesi*, III, 241-258. L'art. 456 del Codice civile dispone che il proprietario della parte staccata può reclamare la proprietà dentro l'anno, ed anche oltre questo termine quando il proprietario del fondo, a cui si unì la parte staccata non ne abbia preso possesso.

[1] § 23, Inst. *de rer. div.*, II, 1; Cod. civ., art. 461.

[2] § 22, Init. *de rer. div.*, III; GAI., II, 72; fr. 7, §§ 3 e 4; POMPONIUS, fr. 28, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; LABEO, fr. 65, § 2, *eod.*; Cod. civ., articolo 458. È però da osservare che, secondo il nostro Codice, le isole nate nei fiumi *navigabili* o *atti al trasporto* appartengono allo Stato (art. 457). In diritto romano non si faceva distinzione tra fiumi navigabili e non navigabili; Nè vi osta quanto dice LABEONE, al fr. 65 § 4 *de adq. rer. dom.*, XLI, 1, poichè questo giureconsulto intende di provare con quelle parole che: *non tutto ciò che si fabbrica o nasce in un pubblico fiume, è pubblico, dappoichè altrimenti ne verrebbe la conseguenza erronea che anche l'isola formatasi nel fiume sia pubblica.* E che Labeone fosse dell'opinione di tutti gli altri giureconsulti, cioè che l'isola dovesse appartenere ai proprietari confinanti, risulta chiaramente dal § 2 di quello stesso fr. 65, ove si legge: « *si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata sit, ea tua est* » Sul passo controverso di Labeone vedi BRUGI, nell'*Archivio giur.*, XLII, 334 e RICCOBONO, nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, VIII, 284.

due rami, riduce ad isola i fondi di un privato, questi continuano ad appartenere al loro antico padrone [1].

Gli acquisti per accessione fin qui descritti non si applicavano agli *agri limitati*, vale a dire a quei fondi che erano stati inquadrati entro un'ufficiale divisione del suolo [2].

ACCESSIONE DI UNA COSA MOBILE AD UNA IMMOBILE: PLANTATIO, SEMINATIO, INAEDIFICATIO. — L'unione di una cosa mobile con una cosa immobile può essere organica o meccanica. L'unione organica si verifica nei casi di piantagione e di seminagione.

Plantatio e *seminatio*. – Tutto ciò che viene piantato o seminato in un fondo, appartiene al proprietario del fondo, tostochè vi abbia preso radice od incominciato a germogliare [3]. Prima che l'albero abbia preso radice, o che la seménta abbia germogliato, il proprietario dell'albero e della sementa può rivendicare le cose sue; ma dopo quel fatto egli ne perde per sempre la proprietà, e non può pretendere il legname se l'albero venga a morire, nè i prodotti delle semente dopo il loro distacco dal fondo [4]. Un albero cresciuto sul limite di due fondi, e le cui

[1] § 22. Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 4. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; POMPONIUS, fr. 30, § 2, *eod.*; Cod. civ., art. 460.

[2] FLORENTINUS, fr. 16, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; ULPIANUS, fr. 1, §§ 6 e 7, *de flum.*, XLIII, 12. Per questi casi di accessioni vedi BRUGI, *Delle alluvioni secondo i libri dei gromatici veteres*, Catania 1885. Il BRUGI (pag. 46 e seg.), fa notare che gli agrimensori espongono la massima che l'alveo del fiume negli *agri limitati* è cosa pubblica, che non può quindi passare nella proprietà privata (cfr. lo stesso BRUGI, nell'*Archivio giur.*, XLII, 316), mentre secondo ULPIANO, quell'alveo è in tali fiumi del primo occupante (fr. 1, § 7, *de flum.*, XXIII, 12), e spiega la contradizione mediante la trasformazione che subì l'*ager limitatus*, la cui condizione di *publicus* si venne a poco a poco cancellando.

[3] §§ 31 e 32, Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 13, e fr. 9, pr. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; PAULUS, fr. 26, § 2, *eodem*.

[4] Finchè gli alberi e le semenze sono uniti al fondo, nel quale hanno preso radice o germogliato, appartengono al proprietario del fondo per la ragione che ne formano parte integrante (POMPONIUS, fr. 40, *de act. emp. vend.*, XIII, 1: *arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo*); quando gli alberi e questi frutti vengono abbattuti, o raccolti i frutti delle

radici si nutriscano in ambedue i fondi, diventa comune [1]. Se invece l'albero dal fondo dove è cresciuto non fa che estendere le radici sul fondo vicino, esso allora appartiene tutto al proprietario del fondo dove è cresciuto [2].

Inaedificatio. — Ci resta a parlare dell'unione meccanica di una cosa mobile con una immobile. Tutto ciò che viene edificato in modo stabile sopra un fondo, appartiene, finchè dura l'unione, al proprietario del fondo di cui la cosa unita e diventata parte integrante [3]; ma se l'edificio cade in rovina o è volontariamente demolito, i materiali staccati ritornano all'antico proprietario [4], salvochè non abbia egli stesso operato quell' unione coll' intenzione di abbandonare la proprietà dei singoli materiali. [5]. Una espressa disposizione della legge delle dodici tavole toglie al proprietario dei materiali, che sono stati incorporati nell'edificio altrui, il diritto di domandare coll'*actio ad exhibendum* la separazione dei medesimi per poscia rivendicarli, ma in compenso gli accorda l'azione *de tigno iuncto*, colla quale ottiene il doppio del loro valore, ammenochè l'unione non sia avvenuta per sua volontà [6].

—

semente, questi alberi e questi frutti non ricadono all'antico proprietario dell'albero o della semente perchè non sono più la medesima cosa (PAULUS, fr. 20, § 2, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *nam credibile esto alio terrae alimento aliam factam*).

[1] § 31, Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 13, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; MARCIANUS, fr. 8, *eodem.*

[2] Il vicino però non sarebbe obbligato a sopportarne le radici (POMPONIUS, fr. 6, § 2, *arb. furt. caes.*, XLVII, 7).

[3] § 29, Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 10, *de adq. rer. dom.*, XLI: *omne quod, inaedificatur solo cedit.*

[4] Difatti i materiali staccati ritornano ad essere quello che erano prima, e sotto questo rapporto si può dire che la proprietà sui medesimi non è perduta definitivamente, ma soltanto sospesa (GAIUS, fr. 7, § 10, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1: *nec tamen ideo is, qui materiae fuit, desinit dominus esse*).

[5] C. 2, *de rei vind.*, III, 33; ULPIANUS, fr. 39, pr. *de rei vind.*, VI, 1.

[6] § 29, Inst., *de rer. div.*, II, 1; PAULUS, fr. 23, § 6, *de rei vind.*, VI, 1 e fr. 6, pr. *ad exhibend.*, X, 4; GAIUS, fr. 7, § 10, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; FESTUS, v. *Tignum* (BRUNS, *Fontes*, 7ª ediz., 1r, pag. 42). Vedi PAMPALONI, nell' *Archivio giur.*, XXX, 253, e XXXIV, 153. Sul caso dell'unione avvenuta per volontà del proprietario dei materiali, vedi PAULUS, fr. 63, *de don. int. vir. et ux.*, XXIV, 1: *quia decemviros non est credibile de his censisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent.* Su

ACCESSIONE DI UNA COSA MOBILE AD ALTRA MOBILE (ADIUNCTIO). — Quando una cosa è stata unita ad un'altra, in guisa da perdere la sua esistenza separata e da non poter essere più ridotta al pristino stato, essa non può essere oggetto di proprietà separata e distinta, ma costituisce una parte integrante del tutto, il quale appartiene al proprietario della cosa che ne forma la parte principale [1]. Se poi le cose unite (in modo che durante l'unione la cosa accessoria perda la sua esistenza separata e distinta) possono essere separate, il proprietario della cosa principale è bensì durante l'unione proprietario del tutto, e quindi è implicitamente considerato proprietario anche della cosa accessoria, ma tostochè è avvenuta la separazione (e questa può essere chiesta mediante l'*actio ad exhibendum*) rivive la proprietà di prima [2].

---

questo frammento vedi PAMPALONI, nell'*Archivio giur.*, XXVIII, 156-165 e RICCOBONO, *ivi*, LIII, 521 e LIV, 525. È poi naturale che nel caso in cui il proprietario dei materiali abbia ottenuto il doppio del loro valore, essi rimangono in piena ed assoluta proprietà del possessore (§ 29, *Inst.*, loc. cit.), salvochè questi non li avesse uniti in mala fede (ULPIANUS, fr. 2, *de tigno iuncto*, XLVII, 3). Gli stessi principii sono stati applicati ai pali delle viti (ULPIANUS, fr. 1, pr. e § 1, *de tigno iuncto*, XLVIII, 3). Il Codice civile tratta delle accessioni di cose immobili agli art. 448-452. L'art. 448 dice che « le costruzioni, piantagioni o opere *si presumono* appartenere al proprietario del suolo, senza pregiudizio però dei diritti legittimamente acquistati dai terzi ». In questo articolo si afferma senza dubbio la possibilità che suolo e superficie sieno oggetti di proprietà separate; ma dall'esame di tutte le altre disposizioni di legge risulta che una proprietà separata dalla *superficie* può sorgere soltanto per *atto traslativo* o per *prescrizione*. Questo punto però è molto controverso nella dottrina e nella giurisprudenza. Cfr. SEGRÉ, loc. cit.

[1] PAULUS, fr. 23, 5, *de rei vind.*, VI, 1; Cod. civ., art. 464. È riputata principale quella che dà al tutto nome ed essenza, e quella a cui l'altra non fu unita che per uso, ornamento e compimento (PAULUS, fr. 26, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; Cod. civ., art. 465). Qualora nessuna delle cose unite insieme sia principale, si applicano le regole della mescolanza, vale a dire il tutto diviene comune ai proprietari delle materie che la produssero (ULPIANUS, fr. 3, § 2, *de rei vind.*, VI, 1).

[2] PAULUS, fr. 20, §§ 2 e 5, *de rei vind.*, VI, 1, Cod. civ., art. 464. Anche qui, se delle cose unite nessuna è accessoria dell'altra, si applicano le regole della mescolanza (vedi in fine di questo paragrafo).

Le specie particolari di accessione di cose mobili *(adiunctio)* sono l' *inclusio*, la *ferruminatio* [1], la *textura*, la *scriptura* e la *pictura*.

Infine avvertiremo che chi acquista per accessione la proprietà di una cosa altrui, può essere obbligato ad indennizzare il proprietario di quest'ultima, secondo i seguenti principii. Se l'accessione fu cagionata dal proprietario della cosa principale, egli deve rimborsare all' altro il valore della cosa accessoria [2]; questi, se fu in buona fede, può far valere sulla medesima l' *ius retentionis*, per conseguire quel tanto di valore di cui la cosa principale ha guadagnato mediante l'unione [3], ma qualora non abbia più il possesso della cosa, non ha alcuna azione per farsi indennizzare [4].

Confusio e commixtio. — In strettissima relazione coll'accessione di cose mobili sta la commistione, la quale può essere di cose liquide *(confusio)* o di cose solide *(commixtio)*, e che interessa il diritto quando ed in quanto tali cose appartengono a persone diverse. I casi nei quali si verifica l'acquisto di proprietà per mescolanza sono assai rari, perchè in caso di mescolanza l'acquisto di proprietà deriva il più delle volte da tradizione [5] o da specificazione [6].

---

[1] Pampaloni. *Sopra il significato della parola ferruminare e adplumbare*, nell' *Arch. giur.*, XXIII, 223 e seg.

[2] Paulus, fr. 23, § 5, *de rei vind.*, VI, 1.

[3] Id., fr. 23, § 4, *de rei vind.*, VI, 1.

[4] Julianus, fr. 33, *de cond. ind.*, VII, 6; Paulus, fr. 14, *de ex. doli*, XLIV, 4 e fr. 14, § 1, *comm. div.*, X, 3; Czyhlarz, *Zur Lehre v. Eigenthumserwerb durch Accession nach röm. Recht*; I, *Ferruminatis und adplumbatis*; II, *Ueber plantatis und satis*; III, *Besitz und Ersitzung von res compositae*. Nella *Festschrift z. siebzigten Geburtstage von Joseph Unger überreicht v. d. Rechts und Staatswissenschaftlichen Facultät der K. K. Universität Wien*. Stuttgart. 1897 (I, pag. 3-11; II, pag. 11-28; III, pag. 28-48).

[5] Ciò si verifica quando la mescolanza avviene pel concorde consenso dei proprietari delle cose mescolate. Vedi §§ 27 e 28 Inst., *de rer. div.*, II, 1. Ulpianus, fr. 5, pr. *de rei vind.*, VI, 1; Gaius, fr. 7, § 8, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; Callistratus, fr. 25, *eod.*

[6] Ciò avviene quando la mescolanza fu bensì opera di un solo dei proprietari, ma ne è risultata una nuova specie.

Perchè si possa parlare di vero e proprio acquisto per mescolanza si richiede che non siasi formata una nuova specie, o che il miscuglio da cui risultò la nuova specie sia conseguenza del caso. Se dalla mescolanza operata da uno dei proprietari o dal caso non è risultata una nuova specie, e le cose mescolate possono separarsi, non si opera alcuno spostamento di proprietà, e ciaschedun proprietario può rivendicare le cose sue [1]; se poi le cose mescolate non possono separarsi, deve distinguersi se si tratti di cose liquide o di solide. Nella prima ipotesi il miscuglio diviene comune ai proprietari delle materie che lo produssero ed ognuno di essi ha in quello una parte intellettuale di proprietà, proporzionata alla quantità di sua materia entrata nel medesimo [2]. Nella seconda ipotesi bisogna nuovamente distinguere se le cose si siano mischiate in modo che sia certo che tutte le singole particelle appartenenti ai vecchi proprietari si trovino in un dato luogo, come se, per esempio, si mischi il grano di due facendone un mucchio comune, o se invece il miscuglio è di tal natura che sia impossibile, non solo discernere le singole parti spettanti a ciascuno, ma anche sapere dove esse si trovino. Nel primo caso naturalmente non avviene alcun mutamento di proprietà, ma, non distinguendosi più gli obbietti della proprietà dell'uno da quelli della proprietà dell'altro, a ciascuno spetta una rivendicazione per quel tanto che vi è di suo nel miscuglio [3]; nel secondo caso la proprietà di tutte le cose mischiate spetta al mischiante [4]. Quest'ultimo caso si avvera più di frequente nel miscuglio di danaro [5].

---

[1] ULPIANUS, fr. 5, pr. e § 1, *de rei vind.*, VI, 1; CALLISTRATUS, fr. 12, § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; POMPONIUS, fr. 27, § 2, *eod.* Cod. civ., art. 471.

[2] ULPIANUS, fr. 3, § 2 e fr. 5, § 1, *de rei vind.*, VI, 1; PAULUS, fr. 4, *eod.*; GAIUS, fr. 7, § 9, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; § 27, Inst., *de rer. div.*, II, 1. Cod. civ., art. 471.

[3] ULPIANUS, fr. 5, pr. *de rei vind.*, VI, 1; § 28, Inst.; *de r. div.*, II, 1.

[4] JAVOLENUS, fr. 78, *de solutionibus*, XLVI, 3.

[5] Vedi ASCOLI, nella *Bibl. ital.*, IV, 43 e contro di lui SEGRÉ, nel *Filangieri*, XIII, pag. 116, e BARSANTI, nell' *Archivio giur.*, LVIII, 201. L'acquisto della proprietà in caso di commissione di danaro può del resto spie-

Se dalla mescolanza operatasi per caso è risultata una nuova specie, questa appartiene in comune ai proprietari delle materie casualmente mescolatesi [1].

§ 72.

Acquisto dei frutti [2].

I frutti, finchè sono aderenti alla cosa che li ha prodotti, formano parte integrante della cosa fruttifera, e non sono oggetto di proprietà distinta [3]; ma tostochè ne sono distaccati divengono oggetto di proprietà separata. Il proprietario della cosa fruttifera ne acquista immediatamente la proprietà senza bisogno di alcun atto speciale di acquisto [4]; ma questo diritto del proprietario può essere escluso in certi casi dal diritto che competa ad altre persone sui frutti medesimi, ed appunto di questi casi dobbiamo qui occuparci.

Talvolta il diritto ai frutti di una cosa altrui si fonda sopra un *ius in re aliena* (come è il caso dell'enfiteuta e dell'usufruttuario); talvolta si fonda sopra un'obbligazione personale del proprietario (come è il caso dell'affittuario e del compratore di frutti pendenti): finalmente ha un diritto di proprietà sui frutti separati il possessore di buona fede della cosa fruttifera.

L'enfiteuta e il possessore di buona fede acquistano la proprietà dei frutti tostochè sono separati [5]: l'usufruttuario invece soltanto mediante la percezione [6].

---

garsi agevolmente pensando alla natura speciale di questo obbietto destinato essenzialmente alla circolazione e per cui giova anzi tutto togliere tutti gli ostacoli giuridici alla libertà di essa.

[1] Gaius, fr. 7, § 9, *de a. r. d.*, XLI, 1; § 27, Inst., *de r. div.*, II, 1.

[2] Mancaleoni, *Studi sull'acquisto dei frutti*, Sassari, 1896; Glück-Czyhlarz, *Pand.*, lib. XLI, § 1731 e seg.

[3] Gaius, fr. 44, *de r. v.*, VI, 1: *fructus pendentes pars fundi videntur.*

[4] Ulpianus, fr. 5, § 2, *de r. v.*, VI, 1; Julianus, fr. 25, § 1, *de us.*, XXII, 1.

[5] Julianus, fr. 25, § 1, *de usuris et fruct.*, XXII, 1.

[6] Ulpianus, fr. 12, § 5, *de usuf.*, VII, 1: Paulus, fr. 12, *quib. mod. usufr. am.*, VII, 4: Julianus, fr. 25, § 1, *de usur.*, XXII, 1: Gaius, fr. 28, pr. *eod.* Vedi Glück-Czyhlarz, l. c.

Nei casi in cui il diritto ai frutti di una cosa altrui non si fonda sopra un *ius in re,* nè sulla *bonae fidei possessio,* ma sopra un' obbligazione del proprietario, essi non si acquistano che mediante percezione autorizzata dal proprietario, cioè mediante tradizione [1].

Passando ora al caso in cui taluno possegga in buona fede una cosa altrui, osserveremo che il proprietario, il quale rivendica la cosa sua dalle mani del possessore di buona fede, ha diritto di esigere insieme alla cosa anche i frutti esistenti [2]. I frutti che il possessore di buona fede abbia consumati non sono oggetto di ripetizione [3].

§ 73.

Acquisto della proprietà a titolo universale.

Si acquista a titolo universale quando si succede nell' altrui patrimonio considerato come un tutto ideale. Chi succede ad un' altra persona *per universitatem,* subentra immediatamente nei suoi rapporti patrimoniali [4].

Ogni acquisto a titolo universale presuppone due condizioni. In primo luogo è necessario che la persona, nei cui beni si

---

[1] ULPIANUS, fr. 6, *de don.*, XXXIX, 5; POMPONIUS, fr. 16, *de praescr. verb.*, XIX, 5; JULIANUS, fr. 61-62 (fr. 8, *de furt.*, XLVII, 2.

[2] *Inst.*, II, 1, § 35; IV, 17, § 2; c. 22, *de r. v.*, III, 32.

[3] PAULUS, fr. 48, pr. *de adq. rer. dom.*, XLI, 1. *Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos facit.* AFRICANUS, fr. 40, loc. cit.: *fructus consumptos suos facit.* PAULUS, fr. 4, § 19, *de usurp.*, XLI, 3: « *eius fiunt si consumpti sunt* ». Cfr. § 35, Inst., *de rer. div.*, II, 1; JULIANUS, fr. 25, § 1, *de usuris*, XXII, 1; ANDREANI, *Il diritto del b. f. possessor sui frutti,* nell' *Archivio giur.*, XLI; MANCALEONI, l. c., n. 2, e GLÜCK-CZYHLARZ, *Pand.*, § 1732. Pel Cod. civ., siccome il possesso di buona fede di cose mobili (quali sono appunto i frutti), produce l' effetto stesso del titolo, il possessore di buona fede diventa senz' altro proprietario dei frutti percetti e quindi non può essere obbligato a restituire che quei frutti esistenti che gli sono pervenuti dopo la domanda giudiziale di rivendicazione (art. 703 e 933).

[4] L' erede, per es., tostochè ha adita l' eredità, diventa immediatamente proprietario di tutti i beni del defunto e ne acquista tutti i crediti e tutti i debiti (vedi § 23 e vol. II, § 200; Cod. civ., art. 1027).

succede, sia divenuta giuridicamente incapace di conservare essa stessa codesti beni. In secondo luogo si richiede un avvenimento in seguito al quale un altro sia chiamato dalla legge a rappresentare giuridicamente quella persona ed a raccogliere il patrimonio vacante come suo giuridico successore *(per universitatem successor)*.

In diritto antico parecchi erano i casi di successione universale. Così quando taluno subiva la *maxima capitis deminutio*, e perciò diveniva affatto incapace di ogni diritto, il suo patrimonio passava a titolo universale a chi aquistava su di lui la potestà dominica. Se la massima diminuzione di capacità era la conseguenza di una pena capitale, i beni del condannato si devolvevano, mercè la confisca, allo Stato. La confisca aveva pur luogo in certi casi di *media capitis deminutio*, cioè quando questa era la conseguenza di una pena capitale. Anche la *minima capitis deminutio* poteva dar luogo ad una successione universale. E difatti quando una persona *sui iuris* diventava *alieni iuris*, ad esempio per arrogazione o per *conventio in manum*, tutto il suo patrimonio passava a titolo universale in chi acquistava l'*ius* sulla medesima. La successione universale aveva pur luogo nel caso della *bonorum venditio* fatta per mezzo del *magister bonorum* (§ 43). Ma il caso più importante di successione universale è quello dell'eredità, di cui ci occuperemo nel libro quinto.

§ 74.

Perdita della proprietà.

La proprietà si perde anzitutto per avvenimenti che colpiscano direttamente l'oggetto della medesima, sia che distruggano fisicamente la cosa, sia che le facciano perdere giuridicamente la qualità di essere suscettiva di proprietà ponendola fuori di commercio. Per motivi analoghi si perde la proprietà degli animali selvatici, che recuperino la loro naturale libertà, e degli animali mansuefatti, che perdano l'abitudine del ritorno. In secondo luogo si perde la proprietà per avvenimenti che colpiscano direttamente il subbietto, privandolo o della capacità in

genere di essere proprietario, o della proprietà di quella data cosa (confisca), ecc. Finalmente si perde la proprietà di una cosa per l'acquisto che ne faccia un terzo con o senza la volontà del precedente proprietario, e per l'abbandono o la rinunzia per parte del proprietario [1].

§ 75.

Tutela della proprietà. Rivendicazione [2].

Fra le azioni che la legge accorda a tutela del diritto di proprietà tiene il primo luogo la rivendicazione *(rei vindicatio)*. Essa è quell'azione reale, con cui il proprietario domanda di fronte al possessore o detentore della cosa il riconoscimento del suo diritto di proprietà sulla medesima e in conseguenza la restituzione della cosa stessa con ogni suo aumento.

OGGETTO DELL'AZIONE DI RIVENDICAZIONE. — Si possono rivendicare tutte le cose che sono oggetto di proprietà; vale a dire tutte le cose corporali in commercio, sì mobili che immobili, animate e inanimate, fungibili e infungibili, semplici e composte, nonchè le *universitates rerum*, come ad esempio, un gregge [3].

A CHI E CONTRO CHI COMPETA L'AZIONE DI RIVENDICAZIONE. — L'azione di rivendicazione compete al proprietario, che non possieda, contro ogni terzo detentore. L'attore dunque, in caso di contestazione, deve provare anzitutto il suo diritto di proprietà sulla cosa che rivendica. Qualora egli abbia la cosa per acquisto derivativo, non basta ch'egli provi il titolo del proprio acquisto, ma deve provare altresì la proprietà del suo autore [4]. In secondo luogo incombe all'attore la prova che il con-

---

[1] Sulla perdita della proprietà, specialmente per effetto di revoca, cfr. SCIALOJA, op. cit.

[2] Cfr. NABER J. C., *De in rem actione legitima et per sponsionem*, in *Mélanges G. C. Girard*, 1912, II, pag. 309-317.

[3] Fr. 1, §§ 1 e 3, *de rei vind.*, VI. 1. Sul *tignum iunctum*, vedi § 71. Secondo il Codice civile (art. 707 e 708), non si possono rivendicare le cose mobili e i titoli al portatore dalle mani del terzo possessore di buona fede, se non nel caso che siano rubati o smarriti.

[4] Fr. 23, pr. *de rei vind.*, VI, 1. Fr. 20, pr. *de adq. rer. dom.*, XLI. 1.

venuto è in possesso della cosa che forma oggetto della rivendicazione. Il proprietario, che possegga la cosa sua, non può valersi dell' azione sotto pretesto che un'altro gli contesti il suo diritto di proprietà [1].

Se l'attore è un semplice comproprietario, deve indicare la quota che rivendica [2]; e se gli è impossibile sapere quale sia la parte che gli appartiene, gli è accordata, in via di eccezione, una *incertae partis vindicatio* [3].

L' azione di rivendicazione può essere promossa contro ogni terzo detentore, cioè non solo contro il possessore giuridico, ma eziandio contro il possessore naturale, insomma contro chiunque si trovi nella possibilità di restituire la cosa [4]. Il possessore naturale però, contro del quale sia intentata la rivendicazione, può evitare la lite designando, come ne ha il dovere, colui in nome del quale detiene la cosa *(laudatio* o *nominatio auctoris)* [5]. Il possessore finalmente che neghi il suo possesso lo perde,

---

[1] Sarebbe ridicolo chiedere quello che già si ha, nè il convenuto potrebbe restituire ciò che non ha. Ulpianus, fr. 1, § 6, *uti possidetis*, XLIII, 17: *actio enim nunquam ultro possessori datur, quia sufficet ei quod possideat.* Vedi però il § 2, Inst., *de act.*, IV, 6: *Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet.* Circa quest' *unus casus* vedi Enrico Serafini, *L' unus casus* del § 2, *Inst., de actionibus*, II, 1, Macerata 1896, il quale, riassunte e confutate le varie interpretazioni, sostiene che si tratti del caso in cui il proprietario, mediante contratto di deposito, o di locazione, o di commodato, acquistò il possesso della cosa da uno che si riteneva esserne il proprietario. In questo caso è possessore chi è proprietario della cosa. Negli scolii alla parafrasi greca contenuti nel manoscritto Gr. Par. 364, editi dal Ferrini (*Memorie dell' Ist. lomb.*, 1877), il commentatore opina che l' *unus casus* si riferisca al fr. 8, § 13, *de inoff. test.*, V, 2. In generale per le varie opinioni su questo *unus casus* cfr. V. Scialoja, op. cit.

[2] Fr. 6, *de rei vind.*, VI, 1 (Paul.). *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam, an partem et quotam petat.* Vedi anche fr. 8; fr. 35, § 3; fr. 76, § 1, *de rei vind.*, VI, 1.

[3] Fr. 76, § 1, *de rei vind.*, VI, 1 (Gai.): « *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat* ». Cfr. Gai., IV, 54. Un esempio è dato dallo stesso Gaio nel fr. 76, § 1, citato. Vedi Glück, *Commentario alle Pandette*, Milano 1892, VI, pag. 132.

[4] Ulpianus, fr. 9, *de rei vind.*, VI, 1.

[5] Const. 2, *ubi in rem actio exer. deb.*, III, 19.

in pena della menzogna, a favore del rivendicante, senza che questi sia obbligato a provare il suo diritto di proprietà [1]. Un' eccezione alla regola che si deve convenire il possessore si ha nei due casi della *ficta possessio*, vale a dire quando il possessore abbia cessato di possedere dolosamente la cosa *(dolo desiit possidere)* o quando taluno abbia simulato il possesso per trarre l' attore in inganno e dare agio, per esempio, ad altri di usucapire la cosa *(liti se obtulit)*. In questi due casi *dolus pro possessione est*, ed il *fictus possessor* è tenuto come se possedesse, senza che il proprietario sia pregiudicato nel diritto di promuovere invece la sua azione di rivendicazione contro il vero possessore o detentore [2].

SCOPO ED EFFETTI DELLA RIVENDICAZIONE. — Scopo dell' azione di rivendicazione è il riconoscimento del diritto di proprietà dell' attore, e conseguentemente la condanna del convenuto a restituirgli la cosa coi frutti ed ogni altro suo aumento *(cum omni causa)* [3].

Se la restituzione diviene impossibile al convenuto per una causa a lui imputabile, egli è tenuto al risarcimento di tutti i danni verso l' attore *(id quod eius interest)*. Quanto però alla imputabilità di lui è d' uopo distinguere il possessore di buona fede da quello di mala fede. Il primo non è tenuto se non della colpa commessa dopo la contestazione della lite [4]; il secondo risponde anche della colpa commessa prima della contestazione della lite [5] e dopo la contestazione della lite risponde perfino

---

[1] FURIUS ANTHIANUS, fr. 80, *de r. v.*, VI, 1. In tal caso le parti sono invertite, e il convenuto, se vuole riacquistare la cosa, è tenuto a provare di essere il proprietario della cosa stessa.

[2] Fr. 7; fr. 17; fr. 22; fr. 25-27, § 3; fr. 47; fr. 57-58 e fr. 68-69, *de rei vind.*, VI, 1. Fr. 13, §§ 13-14; fr. 41; fr. 45 e fr. 57, *de h. p.*, V, 3. Fr. 39, *de dolo malo*, IV, 3 e fr. 131, *de reg. iur.*, L, 17. Codice civ., art. 439.

[3] ULPIANUS, fr. 17, § 1, *de rei vind.*, VI, 1; GAIUS, fr. 20, *eod.*; HERZEN N., *Le produit de la chose et le possesseur de bonne foi*, in *Mélanges F. C. Girard*, 1912, I, pag. 523-547.

[4] Del dolo il convenuto è sempre responsabile. PAULUS, fr. 27, § 3, *de r. v.*, VI, 1, e fr. 131, *de reg. iur.*, L, 17. ULPIANUS, fr. 157, § 1, *eod.*

[5] Se il possessore di mala fede acquistò il possesso per furto o violenza

del caso fortuito, semprechè non provi che, quand'anch'egli avesse tosto restituito la cosa al proprietario, questi non avrebbe avuto nè la cosa nè il relativo valore [1]. Gli stessi principii si applicano al caso in cui la cosa da restituire sia deteriorata [2].

Il convenuto, come si è detto, deve restituire la cosa coi frutti ed ogni altro suo aumento. Il possessore di mala fede deve al proprietario rivendicante tutti i frutti, tanto percetti che percipiendi; il possessore di buona fede non è tenuto a risarcire il valore dei frutti consumati prima della contestazione della lite, ma da questo momento in poi risponde anche dei frutti che per sua colpa non ha percipito [3].

ECCEZIONI DEL CONVENUTO. — Il convenuto ha in primo luogo un'*exceptio doli* per certe spese da lui fatte intorno alla cosa altrui. Bisogna distinguere a questo proposito la natura delle spese non meno che quella del possesso. Qualunque possessore può dimandare la rifazione delle spese indispensabili alla conservazione della cosa *(impensae necessariae)* [4]. Quanto alle spese dirette ad aumentare l'utilità della cosa *(impensae utiles)*, il possessore di buona fede può esigerne il rifacimento, ma nella misura della vera utilità che ne proviene al fondo, con un equo riguardo alle specialità del caso e alle condizioni del proprietario [5]:

---

risponde perfino del caso fortuito. ULPIANUS, fr. 8, § 1, *de cond. furt.*, XIII, 1; TRYPHONINUS, fr. 20, *eod.* e fr. 19, *de vi*, XLIII, 16.

[1] Fr. 15, § 3; fr. 16, pr.; fr. 17, § 1; fr. 62, pr. *de rei vind.*, VI, 1; fr. 30, § 21 e fr. 40, pr. *de hered. pet.*, V, 3; fr. 82, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1. Se il convenuto ha agito con dolo o con colpa grave, il proprietario è ammesso a determinare col proprio giuramento estimatorio la quantità dei danni (fr. 68, *de rei vind.*, VI, 1).

[2] ULPIANUS, fr. 13; fr. 15, pr.; fr. 45, *de rei vind.*, VI, 1; fr. 31, *de her. pet.*, V, 3; PAULUS, fr. 14, *de rei vind.*, VI, 1.

[3] § 2, Inst., *de off. iud.*, IV, 17; § 85, Inst., *de rer. div.*, II, 1; PAULUS, fr. 62, *eod.*

[4] Tranne il vero e proprio *fur*: C. 1, Cod. *de inf. expos.*, VIII, 52 [51]; PAULUS, fr. 13, *de cond. furt.*, XIII, 1; PAPINIANUS, fr. 65, pr. *de rei vind.*, VI, 1; RICCOBONO, nell'*Archivio giur.*, LVIII, 61 e seg.

[5] §§ 30, 32 e 33, Inst., *de rer. div.*, II, 1; GAIUS, fr. 7, § 12; fr. 9, pr. e § 1, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; CELSUS, fr. 38, *h. t.*, VI, 1; C. 11 e 16. Cod., *h. t.*, III, 32.

il possessore di mala fede non ha se non il diritto di togliere i lavori fatti, purchè non danneggi la cosa *(ius tollendi)* [1]. Questo solo diritto ha pure il possessore di buona fede nel caso di spese che non abbiano alcuna utilità *(impensae voluptuariae)* [2]. Devesi inoltre osservare che il convenuto ha diritto di detrarre le spese fatte per la percezione dei frutti dall'importo dei medesimi frutti da restituirsi, e che dall'altro lato deve compensare coi frutti lucrati le spese di cui può dimandare la rifazione [3].

L'altra eccezione che può opporre il convenuto è la così detta *exceptio rei venditae et traditae*, compresa talvolta anche sotto il nome generico di *exceptio doli* [4]. Essa ha luogo in tutti quei casi nei quali l'attore è bensì proprietario della cosa, ma è in obbligo di rilasciarla al convenuto. Ciò avviene principalmente quando taluno ha alienato una cosa di cui non era proprietario e ne acquistò dopo quella alienazione la proprietà [5]; quando il proprietario della cosa diviene successore universale di colui che la alienò [6]; quando il proprietario della cosa l'ha alienata sotto una condizione sospensiva, finchè questa è pendente [7], e in qualche altro caso simile. Se il proprietario in tutti questi casi volesse rivendicare la cosa, si porrebbe in contraddizione colla dichiarazione di volontà che egli ha fatto, ovvero ha as-

---

[1] Ulpianus, fr. 37. *de r. v.*, VI. 1 e leggi cit. nella mia precedente.

[2] Paulus, fr. 27. § 5 e Celsus, fr. 38, *h. t.*, VI. 1; Ulpianus, fr. 9, *de impens.*, XXV, 1.

[3] Ulpianus, fr. 3, § 1; Neratius, fr. 16, *de impens.*, XXVI. 1; Ulpianus, fr. 46, *de usur.*, XXII, 1. C. 1, Cod., *de fruct.*, VII, 17.

[4] Il nome speciale dell'*exceptio* ci autorizza a credere che nell'antico diritto si limitasse al caso della compra-vendita. Essa fu molto probabilmente uno dei mezzi coi quali il domino bonitario respingeva la pretesa del domino quiritario (vedi § 60).

[5] Ulpianus, fr. 1. *de exc. rei vend.*, XXI. 3; fr. 4, § 32, *de doli exc.*, XLIV. 4; fr. 72. *de rei vind.*, VI. 1 e fr. 77, *de evict.*, XXI. 2. Pomponius, fr. 2, *de exc. rei vend.*, XXI. 3.

[6] Ulpianus, fr. 1, § 1, *de exc. rei vend.*, XXI. 3; Paulus, fr. 73, *de evict.*, XXI. 2. C. 14, *de rei vind.*, III. 32. C. 14, *de evict.*, VIII, 44 [45].

[7] Ulpianus, fr. 7, § 3, *de iure dot.*, XXIII. 3. Neratius, fr. 8, *de cond. caus. data c. n. s.*, XII, 4.

sunto come propria, e il convenuto può opporgli validamente la *exceptio doli* (rispettivamente la *exceptio rei venditae et traditae)*; della quale è da notarsi per ultimo che passa non solo ai successori universali, ma anche a qualunque successore singolare tanto attivamente che passivamente [1].

CESSIONE DELL' AZIONE DI RIVENDICAZIONE. — Il proprietario può cedere la *rei vindicatio* ad un terzo, il quale può proporre l' azione come rappresentante del cedente, ma a vantaggio proprio, ossia come *procurator in rem suam*. Nelle fonti si trovano le seguenti applicazioni: *a)* cessione dell'azione di rivendicazione in favore di chi non potendo restituire la cosa è tenuto al risarcimento dei danni [2]; *b)* cessione dell' azione di rivendicazione in favore di chi avrebbe diritto ad ottenere la cosa, ma non può ottenerla perchè colui che sarebbe obbligato a dargliela non l' ha più senza sua colpa [3]; *c)* compra vendita dell' *actio in rem* [4].

§ 76.

Azione negatoria.

Oltre l' azione di rivendicazione, della quale abbiamo trattato sin qui, avente essenzialmente per scopo di far avere al proprietario non possessore la cosa propria, e perciò diretta normalmente contro il possessore o detentore di essa, il proprietario ha un' altra azione per difendersi da tutti quegli attacchi, che, pur non essendo diretti a privarlo del possesso della cosa, hanno per effetto di impedire o restringere l' esercizio del suo diritto di proprietà. Tale azione implica, come vedesi, da parte di colui che la promuove, non soltanto l' affermazione del suo

---

[1] HERMOGENIANUS, fr. 3, *de exc. rei vend.*, XXI, 3; ULPIANUS, fr. 72, *de rei vend.*, VI, 1 e fr. 4, § 32, *de doli except.*, XLIV, 4.

[2] PAPINIANUS, fr. 63, *de rei vind.*, VI, 1; GAIUS, fr. 25, § 8, *locati*, XIX, 2; MARCELLUS, fr. 12, *de re iud.*, XLII, 1.

[3] § 3, Inst., *de empt et vend.*, III, 23; PAULUS, fr. 21, *de rei vind.*, VI, 1; GAIUS, fr. 35, § 4, *de contr. empt.*, XVII, 2; ULPIANUS, fr. 14, pr. *de furt.*, XLVII, 2; JULIANUS, fr. 39, *de donat. int. vir. et ux.*, XXIV, 1.

[4] C. 9, Cod., *de her. vel act. vend.*, IV, 39.

diritto di proprietà, che dell'azione costituisce il primo necessario presupposto, ma eziandio e più specialmente la negazione di qualsiasi diritto nel convenuto di disporre in quel dato modo della cosa. Per ciò l'azione fu detta dagli stessi giureconsulti romani *negatoria* [1]. Queste lesioni parziali del diritto di proprietà possono essere di natura positiva o negativa secondochè si agisca sulla cosa altrui contro la volontà del proprietario, o se ne impedisca a questo ultimo la libera disponibilità [2].

Il fondamento dell'azione negatoria è il diritto di proprietà. L'attore sostiene che egli è proprietario, e che il libero esercizio del suo diritto è stato turbato dal convenuto. Appena egli ha provato la sua proprietà e la lesione per parte dell'avversario, ha soddisfatto a tutte le esigenze dell'azione. A sua volta il convenuto, che opponendosi all'azione negatoria sostiene di aver diritto di fare quegli atti, dei quali l'attore si lagna, deve necessariamente fornire la prova del preteso suo diritto, perchè altrimenti l'attore verrebbe costretto a provare l'inesistenza di un diritto altrui, prova nella maggior parte dei casi impossibile a darsi. Provata adunque la proprietà da parte dell'attore, ne

---

[1] ULPIANUS, fr. 2, pr. *si serv. vind.*, VIII, 5. Infatti il più delle volte questa lesione parziale del diritto di proprietà dell'attore deriva dalla pretesa del convenuto ad avere un diritto reale sulla cosa, e specialmente un diritto di servitù, che l'attore (proprietario) impugna (*nego ius tibi esse* ecc.). Per questo molti interpreti considerano l'azione negatoria come diretta esclusivamente a far cessare l'esercizio di un preteso diritto di servitù destituito di fondamento. Che ad un tal caso si riferisca il cit. fr. 2, pr. *si serv. vind.*, deriva solo dal fatto che questo caso era naturalmente il più normale e forse quello per cui fu da prima introdotta l'azione e per il quale ad ogni modo era più necessaria una speciale difesa per il proprietario. Che però l'azione fosse applicabile ad altri casi di lesione parziale del diritto di proprietà del genere sopra detto, risulta ad evidenza dai seguenti testi: MARCELLUS, fr. 11; PROCULUS, fr. 13; POMPONIUS, fr. 14, § 1, e ALFENUS, fr. 17, § 1, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[2] Nelle fonti si trovano molteplici esempi: § 2, Inst., *de action.*, IV, 6; ULPIANUS, fr. 8, § 5, *si serv. vind.*, VIII, 5; PAULUS, fr. 9, pr. *eod.*; MARCELLUS, fr. 11, *eod.*; POMPONIUS, fr. 56, *de serv. praed. urb.*, XIII, 2; POMPONIUS, fr. 4, § 7, *si serv. viud.*, e fr. 29, § 1, *ad leg. Aq.*, IX, 2; POMPONIUS, fr. 2, *de arb. caed.*, XLIII, 27 e fr. 6, § 2, *arb. furt. caes.*, XLVII, 7; AFRICANUS, fr. 15, *de op. nov. nunc.*, XXXIX, 1.

scende la logica conseguenza che il convenuto deve astenersi da ogni atto o pretesa sulla cosa stessa, quando non provi in via di eccezione di avervi diritto.

Del resto la sentenza, nel caso che il convenuto si riferisca ad un suo preteso diritto sulla cosa e non riesca a provarlo, si limita a dichiarare che il diritto del convenuto non sussiste. L' opinione sostenuta da taluni che l' attore debba provare non solo la proprietà sua, ma eziandio la non esistenza del diritto nel convenuto, è in diretta contraddizione con le fonti e colla natura giuridica dell' azione negatoria, la quale, come abbiamo avvertito, ha per fondamento il diritto di proprietà [1].

Lo scopo a cui tende l' azione negatoria, è in primo luogo quello di far cessare lo stato di cose, dal quale deriva la parziale lesione del diritto di proprietà [2], quindi di ottenere la rifazione dei danni, che l' autore della lesione abbia per sua colpa cagionato al proprietario e, secondo le circostanze, una cauzione contro il pericolo di turbative ulteriori [3]. Contro chi è nel quasi-possesso di una servitù personale e detiene quindi la cosa, l' azione negatoria concorre con l' azione di rivendicazione.

Accanto all' azione negatoria esisteva in diritto romano una azione *(formula prohibitoria)* con cui l' attore anzichè negare il preteso diritto del convenuto, affermava il proprio diritto di proibire la turbativa [4].

---

[1] Vedi in questo senso la Cass. di Torino, 31 dic. 1890 (*Giurispr. Tor.*, XXVII, 128); Cass. di Palermo, 11 giugno 1885 (*Annali*, XX, 81); Cassaz. di Firenze, 3 febbr. 1880 (*Giurispr. Ital.*, 1880, I, 1, 419); Cassaz. di Napoli, 19 novembre 1887 (*Dir. e giur.*, III, 338); Cassaz. di Roma, 29 agosto 1888 (*Temi Rom.*, VIII, 410).

[2] POMPONIUS, fr. 14, pr., e ALFENUS, fr. 17, § 2, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[3] ULPIANUS, fr. 4, § 2; PAULUS, fr. 7; JAVOLENUS, fr. 12 e POMPONIUS, fr. 14, *si serv. vind.*, VIII, 5; ULPIANUS, fr. 5, § 6, *si usufr. pet.*, VII, 6.

[4] L'esistenza di tale *formula proh.* è provata dal fr. 5, pr. *si usufr. pet.*, VII, 6 di ULPIANO *(cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi)*, e dallo *Scolio* di STEFANO a questo passo nel *Suppl. Basil.*, ed. ZACHARIAE, pag. 112. Ma sono molti controversi il suo rapporto coll'azione negatoria e la sua sfera di applicazione. Vedi FERRINI nell' *Archivio giur.*, XLII, 171, e negli *Studi giur. pubbl. per l' ottavo centenario dell' Università di Bologna*, pag. 83; LENEL, nella *Zeitschrift d. Sav. Stift.*, 1891.

§ 77.

Azione publiciana [1].

Se chi ha acquistato in buona fede e con giusto titolo una cosa, ne perde il possesso prima di avere compito l'usucapione, non può valersi dell'azione di rivendicazione, appunto perchè non può dirsi ancora proprietario; ma egli ha un'azione analoga chiamata *publiciana in rem actio*, con la quale può agire contro chiunque detenga la cosa con un titolo meno forte. Il pretore Publicio, dal quale l'azione prese il nome, introdusse con la medesima una finzione giuridica, trattò cioè il possessore che aveva cominciato l'usucapione, come se l'avesse già compiuta [2].

Lo scopo e gli effetti dell'azione di rivendicazione e della publiciana sono pressochè identici [3]: ma esse differiscono essenzialmente in questo, che chi intenta la prima deve provare la sua proprietà, mentre chi si vale della seconda basta che provi di avere acquistato un possesso atto all'usucapione. E siccome l'azione publiciana si fonda sulla finzione che chi si trova in condizione di usucapire la cosa, l'abbia già usucapita, così è naturale che essa non si applichi alle cose sottratte al-

---

[1] Carusi, *L'azione publiciana in diritto romano*, Roma 1889; Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action pubblicienne*, Paris 1889 (conf. su quest'opera Buonamici, nell'*Archivio giur.*, XLIII, 202, e Brezzo nello stesso volume dell'*Archivio giur.*, 267); Serragli, *De Publiciana in rem actione*, Firenze 1890; Perozzi, *L'editto pubbliciano*, nel *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, VII, 45; Pacchioni, nel *Boll. dell'Ist. di dir. rom.*; Erman, nella *Zeitschrift d. Sav.-Stiftung* (Röm. abth.), XI, 212-277; XIII, 173-224, e nella *Revue général du droit*, XV, 249, 309 e 511; Lenel, *Das pubblicianische Edikt*, nella *Zeitschrift Sav. Stift.*, XX, 11-31; *Beiträge z. Kunde des praetorischen Edikt*, 1878, pag. 1-54; *Ediotum perpetuum*, § 59.

[2] Gai., IV, 36: *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur non usucepisse* (vedi anche Ulpianus, fr. 1, *de publ. in rem act.*, VI, 2, e § 4, Inst., *de action.*, IV, 6). La *publ. in rem actio* servì in origine anche a tutelare il dominio bonitario contro le pretese di chi aveva il *nudum ius Quiritium* (§ 60).

[3] Ulpian., fr. 7, § 8, *h. t.*, VI, 2.

l'usucapione [1] e che richieda tutte le altre condizioni prescritte per l'usucapione ordinaria, cioè la buona fede e il giusto titolo [2]. Un'altra differenza si ha quanto alla persona del convenuto: difatti, mentre la rivendicazione può sperimentarsi contro qualsiasi detentore, l'azione publiciana non può intentarsi con buon successo che contro chi detiene senza titolo o con titolo inferiore a quello dell'attore. Se il convenuto ha sulla cosa un diritto più forte o uguale a quello dell'attore, può respingere con un'eccezione l'azione publiciana. Un diritto più forte è quello del proprietario [3]; ha invece un diritto eguale colui che acquistò egli pure la cosa in buona fede e con giusto titolo. In questo ultimo caso però bisogna distinguere se le parti abbiano acquistato la cosa dal medesimo autore o da autori diversi: nella seconda ipotesi è migliore la condizione dell'attuale possessore; nella prima ipotesi, invece, vince chi ebbe pel primo la consegna della cosa sebbene non l'abbia presentemente nel suo possesso [4].

---

[1] ULPIANUS, fr. 9, § 5 e PAULUS, fr. 12, § 4, *h. t.*, VI, 2. Il § 2 di quest'ultima legge si riferisce all'usucapione dell'*ius vectigale*.

[2] ULPIANUS, fr. 7, §§ 11-17, *h. t.*, VII, 2. Quanto al possesso però è opinione di molti che nei casi in cui la proprietà si acquista di pieno diritto senza bisogno di tradizione, come, per esempio, nel legato e nel fidecommisso universale, l'azione publiciana possa sperimentarsi anche prima dell'effettiva presa di possesso della cosa (fr. 1, § 2; fr. 11, § 2; fr. 12, § 1 e fr. 15, *de publ. in rem act.*, VI, 2). Contro quest'opinione vedi BONFANTE, nel *Commentario alle Pandette del Glück*, libro VI, § 597, pag. 330, nota 1. Vedi anche APPLETON, op. cit., vol. I, cap. 8 e 13. Il VANGEROW, *Pandekten*, I, § 335, richiede che almeno l'autore fosse in possesso della cosa; il DERNBURG, *Pandekten*, I, § 228, nota 8, apporta pure qualche eccezione a quell'opinione. Il WINDSCHEID invece, la sostiene in tutta la sua estensione (*Pandekten*, I, § 199).

[3] Il vero proprietario deve naturalmente prevalere a chi è soltanto considerato come tale e quindi può opporre all'azione publiciana l'*exceptio dominii* (fr. 16 e 17, *h. t.*, VI, 2); ma quest'eccezione può alla sua volta essere paralizzata con la *replicatio rei venditae et traditae* e coll'*exceptio rei iudicatae*. ULPIANUS, fr. 14, *h. t.*, VI, 2; fr. 72, *de rei vind.*, VI, 1 e fr. 4, § 32, *de doli mali except.*, XLIV, 4; POMPONIUS, fr. 2, *de except. rei vend.*, XXI, 3; JULIANUS, fr. 4, *de exc. rei iud.*, XLIV, 2.

[4] ULPIANUS, fr. 9, § 4, *h. t.*, VI, 2: « *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et* JULIANUS, *libro septimo Digestorum*

CAPO III.

Della servitù[1].

§ 78

Nozione ed indole della servitù

La servitù è un diritto reale sulla cosa altrui, costituito a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, e consistente nella facoltà di usare in un determinato modo, vario a seconda dei casi, della cosa stessa[2].

L'esame degli elementi di questa definizione farà ancora più chiaro il concetto di questa specie di *iura in re aliena.*

---

scripsit ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis. Quae sententia vera est ». L'opinione di GIULIANO approvata da ULPIANO e da PAOLO (fr. 14, *qui potiores,* XX, 4), sembra contraddetta da NERAZIO nel fr. 31, § 2, *de act. emp. et vend.,* XIX, 1: « *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est* ». Sulle varie spiegazioni di questi passi vedi GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* libro VII, pag. 385.

[1] Vedi GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* libro VII (tradotto da FILIPPO SERAFINI), e libro VIII (tradotto da B. BRUGI); BRUGI, *Sulla dottrina romana delle servitù,* nell'*Archivio giuridico,* XXV e XXVII; PEROZZI, *Sulla struttura delle servitù prediali nel dir. rom.,* Macerata 1888; DESTRAIS, *De la propriété et des servitudes en dr. rom.,* Paris 1885.

[2] Così almeno nel diritto giustinianeo, che dà il nome di *servitutes* non soltanto alle servitù prediali, ma anche all'usufrutto ed ai diritti analoghi. È questa però molto probabilmente una innovazione giustinianea, introdotta nei *Digesti* mediante interpolazioni: cfr. LONGO, *La categoria delle servitutes nel dir. rom. class.,* nel *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.,* XI, pag. 281 e seg. La teoria e la denominazione delle servitù personali furono create ed elaborate, sulla base dei testi interpolati, dai giuristi medioevali (cfr. sullo sviluppo VENEZIAN, *Usufrutto,* I, pag. 88 e seg.); ma la sua conservazione può essere ancora per i fini pratici utile o almeno innocua. Cfr. PEROZZI, *Problemi di origini,* in *Studi per Scialoja* (1905).

La servitù, abbiamo detto, è un diritto *reale*. Ha quindi per oggetto immediato la cosa, giammai il fatto altrui, d'onde il principio che *servitus in faciendo consistere nequit*[1].

La servitù è un diritto *sulla cosa altrui*. Il proprietario dunque non può aver mai un diritto di servitù sulla cosa propria: *nemini res sua servit*[2].

La servitù è costituita a vantaggio *esclusivo* di una persona o di un fondo. Di qui viene che non si può sulla servitù costruire un'altra servitù: « *servitus servitutis esse non potest* »[3]

La servitù è costituita a vantaggio esclusivo di una persona *determinata* o di un fondo *determinato*. E però le servitù, come tali, non si possono cedere: esse sono inalienabili[4].

La servitù è *facoltà di usare in un modo determinato*, e non in altro qualsiasi della cosa altrui, poichè altrimenti tale diritto non potrebbe coesistere su quella stessa cosa con l'altrui diritto di proprietà, il quale, invece, come dicemmo, non è li-

---

[1] POMPONIUS, fr. 15, § 1, *de servit.*, VIII. 1: « *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis ... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* Con esclusivo riguardo a questo elemento (comune, del resto, a tutti gli *iura in re*), si suole dagli interpreti definire la servitù « un diritto reale sopra una cosa altrui, in virtù del quale il proprietario di questa cosa deve tollerare o non fare qualche atto in favore altrui.

Questa definizione volgare, se poteva avere un qualche valore nel *ius civile* antico, che non conosce *iura in re aliena* oltre le servitù, non ha più alcun significato, dappoichè tutti i diritti reali su cosa altrui hanno ciò di comune che il proprietario della cosa non sia obbligato a fare. Quella definizione adunque, mentre contiene parole superflue, niente dice che valga a distinguere le servitù dagli altri *iura in res aliena*. Cfr. DE RUGGERO R., *Nemini res sua servit*, in *Diz. del dir. priv.* (fasc. 68, vol. IV), Milano 1913.

[2] PAULUS, fr. 26 [27], *de servit. praed. urb.*, VIII, 2.

[3] Id., fr. 1, *de usu et usufr. leg.*, XXXIII, 2; AFRICANUS, fr. 33, § 1, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3. Su questa massima vedi SCIALOJA, negli *Studi senesi*, I, 1886, 110-126, e nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom*, VI, 37; PEROZZI, nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, VI, 1-36; BRUGI, *Appendice alla traduzione delle Pandette di Glück*, VIII, 100; BUONAMICI, *Ultima lezione di Pandette dell'anno scolastico 1897-1898 nell' Università di Pisa*, Pisa 1898 e su di esso ARNÒ, nell'*Archivio giur.*, LXII (nuova serie, III), 367; LONGO, l. c. Per il diritto civile vedi BIANCHI, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, II, 46-76.

[4] AFRICANUS, fr. 33, § 1, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3.

mitato quanto al suo contenuto che in senso negativo, implicando la facoltà di usare e disporre della cosa fino a che non vi si opponga una speciale disposizione di legge o un determinato diritto di altri.

La servitù deve recare *vantaggio* al subbietto pel quale venne costituita: in altre parole fa mestieri che permetta ad una persona di usare o di godere della cosa altrui, o che renda migliori le condizioni di un fondo, facendone il godimento più gradito o più proficuo [1]. Se nessuno di questi effetti si verificasse, non esisterebbe servitù; poichè non sarebbe conveniente ammettere una limitazione all'esercizio della proprietà, quando non ne avesse a risultare utile alcuno per altri.

I diritti che può avere il subbietto di una servitù si riducono tutti a diritti d'uso nel largo senso della parola, e quest'uso *varia a seconda dei casi*. In ciò la servitù si distingue nettamente dagli altri *iura in re aliena*. E difatti, mentre il tenore di questi è sempre anticipatamente determinato (in guisa che basta enunciare il nome di enfiteusi, superficie, pegno o ipoteca per sapere quali sieno i diritti che competeno essenzialmente all'enfiteuta, al superficiario, al creditore pignoratizio o ipotecario), i diritti che competono al titolare di una servitù non sono anticipatamente determinati, ma si determinano soltanto di volta in volta, in ogni singolo caso, a seconda della specie particolare di servitù che viene costituita. In altri termini, per sapere quali diritti spettino al titolare di una servitù, è necessario *specificare* la servitù; e soltanto quando si sarà indicata la specie precisa di servitù (cioè se quella di attingere acqua, di pascolare bestiame di passaggio, di usufrutto, ecc.), si conosceranno i diritti da esso derivanti [2].

---

[1] Pomponius, fr. 15, pr. *de servit.*, XIII, 1; *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas et ideo si mihi concedas ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur.* Vedi anche Paulus, fr. 28, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2; e Gaius, fr. 5, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3.

[2] Questo concetto è spiegato egregiamente da Paolo nel fr. 7, *comm. praed.*, VIII, 4: *In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia*

§ 79

Varie specie di servitù.

Le servitù si dividono in personali e prediali, secondochè sono costituite a vantaggio di una determinata persona o di un determinato fondo [1]. Le servitù prediali poi si suddividono in urbane e rustiche: le prime non possono esistere senza un edificio (tali sono, per esempio, le servitù *oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi, stillicidii);* le ultime possono esistere anche senza che vi sia un edificio. Tali sono, per esempio, le servitù di passaggio, di attingere acqua, di tagliar legna, di scavare arena, di cuocere calce [2].

Altra distinzione delle servitù è quella in positive e negative secondochè il proprietario della cosa soggetta a servitù deve soffrire che altri faccia *(servitutes quae in patendo consistunt)* o deve astenersi dal fare *(quae in non faciendo consistunt).*

---

incertum sit, quae servitus coepta est, aut omnis servitus imponi debeat. Del resto, per quanto i diritti derivanti da una servitù possano variare a seconda dei casi, essi si riducono pur sempre ad una facoltà di usare in modo più o meno limitato di una cosa altrui.

[1] MARCIANUS, fr. 1, *de servit.*, VIII, 1: *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* — Il Codice civile italiano, seguendo un pregiudizio posto innanzi quando si discusse il Codice francese, esclude le personali dal novero delle servitù, e riserva questo nome alle sole servitù prediali.

[2] Di regola le servitù urbane sono costituite a vantaggio di un edificio, e le rustiche a vantaggio di un fondo rustico; ma ciò non si verifica sempre. La servitù di passaggio, per esempio, può esser costituita a vantaggio di un fondo urbano o di un fondo rustico, ma è sempre una servitù rustica: perchè considerata in sè, non esige come condizione di esistenza un fondo urbano, ma può sussistere anche fra due fondi rustici. L'ARNÒ (*Distinzione tra servitù rustiche ed urbane,* Torino 1895) ammette che, per conoscere se una servitù sia rustica o urbana, bisogna vedere se possa o non possa costituirsi senza un edifizio; ma vuole si dica espressamente che sono urbane anche quelle servitù che esistono a causa dell'idea di edifizio, sebbene questa si presenti soltanto sotto forma negativa, per esempio *servitus ne prospectui officiatur.* Vedi GLÜCK-SERAFINI, *Pand.*, libro VII, pag. 39, nota *p.*

Gli interpreti dividono inoltre la servitù in continue e discontinue, apparenti e non apparenti. Diconsi continue quelle che si possono esercitare indipendentemente dal fatto dell'uomo, come, per esempio, gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti ed altre simili; diconsi poi discontinue quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate, come, per esempio, la servitù di passaggio, quella di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili [1]. Diconsi apparenti quelle che si manifestano con segni esteriori, come, per esempio la servitù di acquedotto; non apparenti quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come quella di non potere alzare la fabbrica oltre una data altezza [2].

§ 80.

Delle servitù prediali [3].

I. Le servitù prediali sono costituite sopra un fondo a vantaggio di un altro fondo. Esse dunque presuppongono sempre due fondi, cioè il fondo servente, sul quale fu imposta la servitù, ed il fondo dominante a vantaggio del quale la servitù è stata costituita [4]. Le servitù prediali sono inerenti al fondo e

---

[1] Cod. civ., art. 617. Le servitù continue del Codice civile corrispondono di regola alle servitù urbane del diritto romano, come le discontinue corrispondono di regola alle servitù rustiche: di qui varie conseguenze pratiche della distinzione. Vedi anche ARNÒ, *op. cit.*, pag. 230.

[2] Cod. civ., art. 618.

[3] GLÜCK-BRUGI, *Commentario alle Pandette*, libro VIII.

[4] § 3, Inst., *de servit.*, II, 3; ULPIANUS, fr. 1, § 1, e fr. 6, *commun. praed.*, VIII, 4; PAULUS, fr. 12, *eod.*, e fr. 23, §§ 3-3, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3. Codice civ., art. 616. Se venisse concesso a favore di una determinata persona qualche diritto di godimento sopra fondi, il quale formerebbe una servitù prediale se fosse conceduto a vantaggio di un altro fondo, si avrebbe una così detta servitù personale *irregolare*. PANINIANUS, fr. 4, *de servit. praed. rust.*, VIII, 3; PAULUS, fr. 6 e fr. 37, *eod.*; POMPONIUS, fr. 32, *de usuf.*, VIII, 1. Sull'apparente antimonia del fr. 14, § 3, *de alimentis vel cib. legat.*, XXXIV, 1, vedi FIL. SERAFINI, nell'*Archivio giur.*, XVIII, 5. Cfr. PEROZZI, nel *Filangieri*, 1887; SCIALOJA, nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, V, 38; COVIELLO, nell'*Archivio giuridico*, XLI, 285; GLÜCK-SERAFINI, *Pandette*, libro VII, pag. 15-20.

non alla persona che le esercita; in altri termini il proprietario del fondo dominante gode ed esercita il diritto di servitù non già come un diritto inerente alla sua persona, sivvero nella sua qualità di proprietario del fondo dominante; ed il proprietario del fondo servente soffre quell'esercizio, non per un'obbligazione personale di astenersi dal fare o di soffrire, ma perchè è proprietario del fondo servente. Pel fondo dominante le servitù sono quasi una estensione della proprietà [1]: pel fondo servente sono una limitazione della medesima. Da questa idea giuridica delle servitù prediali derivano le seguenti conseguenze:

Le servitù prediali debbono arrecare un vantaggio al fondo stesso, e non soltanto alla persona [2]. Non basta adunque che l'attuale proprietario possa in via eccezionale ritrarre una qualche utilità, in vista di un'arte o di una professione sua particolare, ma si richiede che la servitù avvantaggi il fondo stesso, e torni quindi di utilità in genere ai proprietari del medesimo [3]. Il vantaggio poi non deve eccedere i bisogni del fondo [4]. Del resto, anche il piacere è utilità o un vantaggio, per cui tutto ciò che rende più piacevole, più gradito ed ameno l'uso del fondo dominante, può essere obbietto di servitù [5].

---

[1] CELSUS, fr. 86, *de V. S.*, L, 16: *Quid aliter sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?*

[2] Sul requisito dell'utilità nelle servitù prediali vedi l'importante studio del BRUGI, nell'*Archivio giur.*, XXXIII, 237-316 e le sue Appendici al GLÜCK, *Pandette*, libro VIII, 80-100.

[3] Ciò non esclude che in via eccezionale possa darsi il caso che dalla costituzione della servitù non ritragga, per ragioni speciali, alcun vantaggio il presente titolare del fondo. LABEO, fr. 19, *de servit.*, VIII, 1.

[4] ULPIANUS, fr. 5, § 1, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3: ... *sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* PAULUS, fr. 6. pr. e § 1, *cod.*; POMPONIUS, fr. 24, *eod.* Di qui viene che non si può cedere ad altri l'esercizio di una servitù prediale. Le servitù poi debbono essere esercitate *civiliter*, cioè nel modo meno oneroso pel proprietario. CELSUS, fr. 9, *de servit.*, VIII, 1. POMPONIUS, fr. 20, § 1. *de serv. praed. rust.*, VIII, 3. Cod. civ., art. 647. Sul *locus qui servit* ed il suo spostamento vedi BRUGI, nel *Bull. dell'Istituto di dir. rom.*, II, 16.

[5] POMPONIUS, fr. 3, pr. *de aqua quot.*, XLIII, 20: *Hoc iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit.*

Le servitù prediali debbono avere una causa perpetua: vale a dire esse debbono soddisfare ad un interesse permanente del fondo dominante, e riposare sopra una utilità che permanentemente, e non precariamente, può procurare il fondo servente [1].

Le servitù prediali presuppongono tale una relazione locale fra i due fondi, da render possibile che quello servente rechi vantaggio a quello dominante: e però si legge nel testo che i due fondi devono essere vicini [2]. Per cotale vicinanza non s'intende sempre contiguità, ma piuttosto la mancanza tra i due fondi di un ostacolo permanente all'esercizio della servitù [3].

Le servitù prediali seguono sempre la sorte dei fondi cui sono inerenti; non possono quindi essere alienate, nè pignorate [4],

---

ULPIANUS, fr. 8, § 1, *si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 3 e 15, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2; PAULUS, fr. 16, *eod.*

[1] Vedi PICCINELLI, nell'*Archivio giur.*, XXXIII, 372. PAULUS, fr. 28, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2: *Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat (neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit): at quod ex coelo cadit etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.* Cfr. fr. 23, § 1, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3, e ULPIANUS, fr. 1, § 5, *de aqua quot.*, XLIII, 20 e fr. 1, § 4, *de fonte*, LII, 25. La deduzione rigorosa dal principio della perpetuità della causa nelle servitù è stata mitigata in pratica, in appoggio anche a quanto insegnano PAOLO nel fr. 9, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3 e ULPIANO nel fr. 2, *comm. praed.*, VIII, 4, riguardo alle servitù di attingere acqua e di acquedotto, le quali possono in diritto nuovo essere costituite anche sopra un'acqua non viva, nè perenne. Il PEROZZI (*Rivista ital. per le scienze giur.*, XIV, pag. 175 e seg.) nega il requisito della causa perpetua, ma vedi, contro, FERRINI, nell'*Archivio giur.*, L, 388 e BRUGI, Appendici al libro VIII del GLÜCK, *Pandette*.

[2] ULPIANUS, fr. 5, § 1, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3; fr. 12, *de pign.*, XX, 1.

[3] PAULUS, fr. 38 e 39, *de serv. pr. urb.*, VIII, 2; fr. 23, § 3; fr. 38, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3 e fr. 7, pr. *communia praed.*, VIII, 4; ULPIANUS, fr. 6, pr. *eod.*

[4] Che le servitù urbane non possano pignorarsi è detto esplicitamente da MARCIANO, nel fr. 11, § 3, *de pignor.*, XX, 1: « *Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypotecae*

nè locate senza di quelli, nè trasportate da un fondo all'altro. E si noti bene, quest'inseparabilità delle servitù prediali dal fondo a cui servono riguarda non solo il diritto, ma eziandio l'esercizio del diritto di servitù [1].

II. Le servitù prediali sono indivisibili [2], vale a dire non possono nè acquistarsi nè perdersi per parti [3]. Da questo prin-

---

sint ». Quanto alle servitù rustiche, reca difficoltà il fr. 12. *eodem* (di Paolo). Sulle varie interpretazioni vedi ARNDTS-SERAFINI. *Pandette*, II, § 367, nota 3, lett. *c*, pag. 465, e PICCINELLI, *Il pegno di servitù prediali*, Firenze 1884. Secondo il KELLER, (*Ann. del Bekker*, II, 217) il fr. 12 cit. fa il caso di una vendita eventuale della servitù, fatta dal debitore al creditore. L'errore degli interpreti, secondo lui, sta nel credere che il *vicino* di cui parla il fr. 12 cit. sia un terzo, mentre è lo stesso creditore, *qui vicinum fundum habet*. Il debitore concede al creditore, che possiede un fondo vicino, l'esercizio della servitù fino a che non gli abbia pagato il debito *(quandiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat)* e costituisce fin d'ora ad esso vicino la servitù sotto la condizione sospensiva negativa, che entro il termine stabilito egli (debitore) non paghi il suo debito; o, con altre parole, il debitore si obbliga fin d'ora di costituire al suo creditore la servitù pel caso di non soddisfacimento della sua obbligazione *(et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat)*. Il PEROZZI, *(Istit. di dir. rom.*, I, pag. 320, n. 1) ritiene che il pegno di servitù rustica sia una innovazione giustinianea, e che nel fr. 12 sia stata scritta dai compilatori tutta la parte che segue le parole *ridendum est;* il che è da ammettere sia per evidenti ragioni formali, sia perchè il meccanismo giuridico creato dal fr. 12 nega il principio della inalienabilità della servitù.

[1] POMPONIUS, fr. 24, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; PAULUS, fr. 36, *eod.*; ULPIANUS, fr. 44, *locati*, XIX, 2. Vedi anche la nota precedente.

[2] SEXT. POMPON. [GIRARD. *Textes*, 220]: *Et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat.* Vedi LONGO ANT., *La indivisibilità delle servitù*, Palermo 1891.

[3] AFRICANUS, fr. 32, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3: « *per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse* ». PAULUS, fr. 8, § 1, *de servit.*, VIII, 1; « *per partes servitus retinetur licet ab initio per partes adquiri non poterat* ». Ciò non toglie che atti successivi dei condomini diretti alla costituzione di una servitù prediale si possano completare tra loro in tempi diversi, in modo che l'efficacia del primo atto dipenda intieramente dal seguire del secondo, semprechè nell'intervallo non sia intervenuto alcun fatto che abbia tolto efficacia all'atto anteriore. CELSUS, fr. 11, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; PAULUS, fr. 18, *commun praed.*, VIII, 4; ULPIANUS, fr. 10, pr. e § 1, *de aqua*, XXXIX, 3.

cipio dell'indivisibilità delle servitù prediali, combinato con quello che sta a fondamento del rapporto di condomini, risulta che se il fondo appartiene a più proprietari, la costituzione di una servitù per parte di uno dei comproprietari del fondo servente è nulla, come del pari è nullo l'acquisto di una servitù per parte di uno dei comproprietari del fondo dominante [1]; lo stesso si dica della obbligazione assuntasi da uno dei condomini di costituire una servitù sopra il fondo comune, e della stipulazione da parte di uno dei comproprietari del fondo dominante [2]. Dal principio dell'indivisibilità risulta inoltre che, se il fondo dominante viene diviso in più parti reali, la servitù compete a ciascuna parte *(servitus omnes partes sequitur)* [3]; che mediante l'esercizio anche parziale del diritto di servitù si conserva l'intiera servitù [4]; che la rinuncia alla servitù per parte di uno dei comproprietari del fondo dominante è del tutto inefficace [5], e che la servitù non cessa se il proprietario del fondo dominante diventa condomino del fondo serviente o viceversa [6].

§ 81.

Delle singole servitù prediali.

Possono esistere tante specie di servitù prediali, quante sono le maniere di utilità che un fondo può arrecare ad un altro purchè sieno applicabili alle medesime le regole esposte nei pre-

---

[1] Ulpianus, fr. 2, *de servit.*, VIII, 1: *Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest.* Celsus, fr. 11 e Africanus, fr. 36, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; Javolenus, fr. 2, e Ulpianus, fr. 6, § 1, e Paulus, fr. 18, *commun. praed.*, VIII, 4; Ulpianus, fr. 4, § 3, *si serv. vind.*, VIII, 5; Marcellus, fr. 3, *de servit. leg.*, XXXIII, 3.

[2] Modestinus, fr. 11, *de servit.*, VIII, 1; Pomponius, fr. 17, *eod.*; Paulus, fr. 18, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; fr. 2, § 1; fr. 40 e fr. 136, § 1, *de verb. obl.*, XLV, 1; Ulpianus, fr. 72, pr. *eod.*

[3] Paulus, fr. 23, § 3, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3.

[4] Id., fr. 2, fr. 5 e fr. 8, § 1, *quemadmodum serv. am.*, VIII, 6.

[5] Ulpianus, fr. 13, *de acceptilat.*, XLVI, 4.

[6] Paulus, fr. 8, § 1, *de servit.*, VIII, 1 e fr. 140, *de verb. obl.*, XLV, 1. Cfr. Longo (A). *La indivisibilità delle servitù nel dir. rom.*

cedenti paragrafi intorno alle servitù in generale ed alle servitù prediali in particolare. Seguendo la divisione romana di *servitutes praediorum urbanorum* e di *servitutes praediorum rusticorum* esamineremo anzitutto le principali servitù urbane, e poi le principali servitù rustiche.

SERVITÙ URBANE. — Le più importanti sono le seguenti:

Servitus tigni immittendi. — È il diritto di immettere una trave o altro materiale da costruzione nel muro altrui [1].

Servitus oneris ferendi. — È il diritto di appoggiare le nostre costruzioni su quelle del vicino, per esempio sulla sua parete, sulla sua colonna. Questa servitù differisce dalla precedente in ciò che il proprietario della cosa servente, se non preferisce di abbandonarla, è obbligato a mantenere la parete o la colonna in buono stato, a ripararla e restaurarla [2].

Servitus proiiciendi vel protegendi. — La *servitus proiiciendi* è il diritto di fare sporgere una parte del nostro edifizio, come una terrazza, un balcone, sopra l'area del vicino senza che vi riposi, ma in guisa che vi sovrasti [3]. Una specie particolare di tal genere di servitù è la *servitus protegendi,* cioè il diritto di fare sporgere l'estremità del tetto sull'area del vicino, per preservare le muraglie dalle pioggie, dal gelo e dal vento [4].

Servitus stillicidii, fluminis recipiendi. — È il diritto di fare scolare sul fondo altrui a goccia a goccia *(guttim, stillatim)* o

---

[1] GAIUS, fr. 2 e 6. *de s. p. u.,* VIII, 2 e fr. 62, *de verb. sign.,* L, 16; ULPIANUS, fr. 8, §§ 1-2 e POMPONIUS, fr. 14 pr. *si serv. vind.,* VIII. 5.

[2] ULPIANUS, fr. 6, § 2 e fr. 8, pr. § 2, *si serv. vind.,* VIII, 5. Cod. civ., art. 644. Il proprietario del fondo servente deve riparare il muro non per un obbligo speciale, ma in forza della stessa servitù, perchè altrimenti verrebbe col fatto suo a distruggere l'oggetto della servitù. È questa la spiegazione del BOEKKING, *Pandekten,* II, § 100, nota 15. Vedi SCIALOJA, nell'*Archivio giur.,* XXVII, 145; e BURZIO, *ivi,* LIV, 314 e 516. Per le relazioni fra un *paries communis* e un *paries oneri ferundo,* vedi BRUGI, nella *Riv. it. per le sc. giur.,* IV, 161.

[3] JAVOLENUS, fr. 242, § 1, *de verb. sign.,* L, 16; ULPIANUS, fr. 29, § 1, *ad leg. Aquil.,* IX, 2; § 2, Inst., *de act.,* IV, 6.

[4] PAULUS, fr. 1, pr. e GAIUS, fr. 2, *de serv. pr. urb.,* VIII, 2. Cfr. n. prec., *de serv. pr. urb.,* VIII, 2 e fr. 8, pr. *quemadm. serv. am.,* VIII, 6.

per mezzo di un canale *(flumen)* le acque piovane[1]. Questa servitù può costituirsi anche negativamente come *servitus stillicidi* o *fluminis non recipiendi*, per liberarsi dallo stillicidio o dalla doccia del vicino, in quei luoghi nei quali gli stati municipali, nell'interesse dei privati, imponessero l'obbligo di soffrire l'una o l'altra.

Servitus altius non tollendi. — È il diritto d'impedire al vicino di alzare la sua fabbrica oltre una certa altezza[2]. Nelle fonti si parla anche di una *servitus altius tollendi*, che consiste nel diritto di innalzare la casa oltre l'altezza stabilita dallo statuto locale nell'interesse privato[3].

Servitus ne luminibus officiatur. — È il diritto d'impedire al proprietario vicino che intraprenda alcuna opera che menomi la luce[4]. Nelle fonti si fa cenno anche di una *servitus luminum*, consistente nel diritto di aprire luci nel muro del vicino o nel muro comune *(ut vicinus lumina nostra excipiat)*[5].

Servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi. — È il diritto di impedire al proprietario del fondo servente di innalzarvi edifizi o piantarvi alberi, od altre cose, che vengano a privare il fondo dominante della veduta o del prospetto[6].

Meritano pure di essere menzionate: la *servitus cloacae immittendae*, cioè il diritto di far passare la propria cloaca pel fondo altrui[7]; la *servitus sterculinii*, ossia il diritto di aprire una fossa

---

[1] GAIUS. fr. 2; ULPIANUS. fr. 17, § 3; PAULUS. fr. 20. §§ 2-6 e fr. 28, *de serv. pr. urb.*, VIII. 2 e fr. 8. pr. *quemadm. serv. am.*, VIII. 6.

[2] GAIUS. fr. 2; PAULUS. fr. 4; JAVOLENUS, fr. 12; POMPONIUS. fr. 21 e JULIANUS, fr. 32, *de serv. pr. urb.*, VIII, 2.

[3] GAI., *Inst.*, II. 31; IV. 3; PAULUS. fr. 1. pr. *de serv. pr. urb.*, VIII. 2 e fr. 7. § 1. *commun. praed.*, VIII. 4; C. 11. §§ 1-4, *de aedif. priv.*, VIII. 10. Sulla natura della servitù *altius tollendi*, e delle altre che affermano quelle facoltà del titolare di servitù che le servitù negative escludono, e sulla loro ragione storica, cfr. in vario senso RUGGIERI, negli *Studi e documenti di storia e diritto*; RICCOBONO. *Prospectus montium*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, I. 289 e segg.; F. BUONAMICI. *Del vero significato e della storia della « servitus altius tollendi* (Ann. Un. Tosc., 1913 [XXXII]).

[4] Fr. 3, 4, 12, 15, 16, 17, 22, 23 pr. e 31, *h. t.*, VIII, 2.

[5] PAULUS. fr. 40. *h. t.*, VIII. 2; CARNAZZA. nell'*Antologia giur.*, V. 241.

[6] JAVOLENUS, fr. 12; ULPIANUS, fr. 15; PAULUS, fr. 16, *h. t.*

[7] PAULUS, fr. 7, *de servit.*, VIII, 1; pr. XLIII, 23.

da letame accanto al muro del vicino [1], e la *servitus fumi immittendi*, ossia il diritto di immettere il fumo nel fondo del vicino [2].

Come già avvertimmo, alcune delle accennate servitù possono essere costituite nel senso opposto, come, ad esempio, la *servitus altius tollendi*, la *s. officiendi luminibus vicini*, la *s. stillicidii non avertendi*, la *s. fluminis non recipiendi*, ecc. Codeste servitù si devono considerare come una deroga fatta dai privati alle restrizioni della proprietà portate dagli usi locali.

SERVITÙ RUSTICHE. — Queste sono più antiche delle urbane. Nelle fonti troviamo specialmente fatta menzione delle seguenti:

Servitus itineris. — È il diritto di passare a piedi sul fondo altrui. Chi ha la *servitus itineris* sul fondo altrui può farvisi portare in lettiga, o passarvi a cavallo, quando non sia stato espressamente convenuto il contrario, o il passaggio sia così stretto da non permettere quei modi di transito senza danno delle piante [3].

Servitus actus. — È il diritto di condurre il bestiame e di passare in carro o in vettura sul fondo altrui. Essa comprende implicitamente il diritto di passarvi a piedi per qualunque scopo, semprechè non sia stato convenuto il contrario [4].

---

[1] ALFENUS, fr. 17, § 2, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[2] ULPIANUS, fr. 8, §§ 5, 6 e 7, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[3] Id., fr. 1, *de serv. pr. rust.*, VIII, 2; PAULUS, fr. 7, *eod.* Secondo il BRUGI, che ha fatto studi speciali sull'argomento (*Archicio giur.*, XXV, 321-381; XXVII, 165-267; XXIX, 521-527; XXXIV, 191-152; XXXIX, 433-442), la servitù di passaggio nel suo tipo primitivo e normale non è scaturita dal bisogno di assicurare l'accesso ai fondi, ma dal desiderio di procurarne a questi uno più agevole, più breve, meno dispendioso. Egli mostra pure come questo concetto sia rimasto negli antichi manuali giuridici d'oriente e d'occidente. Anche l'antica divisione del suolo in Roma, le cui tracce sono conservate dagli agrimensori romani, mostra che ogni fondo era fornito di accesso e che perciò la servitù di passaggio è sorta rimpetto a fondi provveduti di questo; anzi il passo necessario è assicurato indipendentemente dalla servitù di passaggio. In questo senso cfr. anche SCIALOJA, *op. cit.*

[4] PAULUS, fr. 7, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; fr. 2, *quemadm. s. am.*, VIII, 6; fr. *de ad. vel transf., leg.*, XXXIV, 4; ULPIANUS, fr. 4, § 1, *si serv. vind.*, VIII, 5; fr. 1, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3; MODESTINUS, fr. 12, *eod.*

Servitus viae. — È il diritto di passare sul fondo del vicino nel modo più lato possibile. Il titolare della *servitus viae*, oltre a godere dell' *actus* e dell' *iter*, può passare con carri di qualunque grandezza e trasportare a strascico travi e pietre o altre materie da costruzione [1].

Servitus aquaeductus. – È il diritto di condurre l'acqua dal fondo, o pel fondo altrui, nel nostro. Questa servitù implica il diritto di collocare e di mantenere i necessari condotti sul fondo servente [2].

Servitus aquaehaustus. — È il diritto di attinger l' acqua al pozzo o al fonte del vicino: comprende implicitamente l' *iter* [3]. Questa servitù, se venga costituita a favore di una persona, anzichè di un fondo, si chiama *usus aquae* [4].

Servitus aquae educendae. — È il diritto di far passare sul fondo del vicino l'acqua che si fa uscire dal proprio, in conseguenza di lavori di prosciugamento impresi nel medesimo [5].

Servitus pecoris ad aquam appellendi. — È il diritto di fare abbeverare il bestiame nell' acqua altrui: comprende implicitamente l' *actus* necessario all' esercizio della servitù [6].

---

[1] Pr. Inst., *de serv.*, II, 3: *Via est ius eundi et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se continet via.* Paulus, fr. 7, pr. *h. t.*, VIII, 3: *... qui viam habent, eundi agendique ius habent: plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat.* Gaius, fr. 8, *eod*: *Viae latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id est ubi flexum est, sedecim.* Sul rapporto fra le varie servitù di passaggio, e soprattutto sulla questione della ammissibilità o meno di una *servitus actus sine itinere*, cfr. Scialoja, nel *Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, II, pag. 165 e seg.; e da ultimo Landucci, *Due celebri passi delle Pandette relativi alla servitus actus*, negli *Atti del R. Ist. Ven.*, 1906.

[2] Paulus, fr. 17, § 1, *de adq. pluv.*, XXXIX, 3 e fr. 51, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3; Ulpianus, fr. 1, pr. e Pomponius, fr. 15, *h. t.*; Julianus, fr. 4, *de aq. quot.*, XLIII, 20. Vedi Bruci, *Scopo e forme della serv. aquaed.*, nell' *Archivio giur.*, XXXII, 187; *La lex Aquae di Lamusba e l' origine della serv. aquaed.*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, I, pag. 27 e seg.

[3] Ulpianus, fr. 1, § 1; fr. 3, § 3; Paulus, fr. 9; Pomponius, fr. 20, § 3; *h. t.*, VIII, 3.

[4] Modestinus, fr. 21, *de usu et habit.*, VII, 8.

[5] Paulus, fr. 29, *de serv. praed. rust.*, VIII, 3.

[6] Ulpianus, fr. 1, § 1; fr. 3, § 3; Papinianus, fr. 4; Paulus, fr. 6, § 3 e fr. 9; Pomponius, fr. 20, § 3, *h. t.*, VIII, 3.

Servitus pecoris pascendi. — È il diritto di pascolare il bestiame sul fondo altrui [1].

Altre facoltà possono essere costituite come servitù: le fonti menzionano la *servitus calcis coquendae, arenae fodiendae, cretae eximendae, lapidis eximendi* ed altre di minore importanza [2].

§ 82.

Delle servitù personali [3].

Le servitù personali sono così inerenti alla persona, in favore della quale vennero costituite, che non possono esserne separate mediante alienazione e si estinguono con la morte della medesima. Oggetto di servitù personale può essere tutto ciò che reca vantaggio alla persona. Le servitù personali espressamente menzionate nelle fonti sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le opere degli schiavi e degli animali altrui; ma queste non sono le sole, poichè quelle stesse facoltà che formano la essenza delle servitù prediali, secondo l'opinione che a noi sembra più probabile, possono essere concedute anche come servitù personali, ossia come un uso o un usufrutto avente oggetto e tenore più ristretto, senza andar congiunte alla proprietà di un fondo: così, per esempio, le servitù di pascolo, di presa d'acqua, ecc., possono essere personali [4].

DELL' USUFRUTTO. — L'usufrutto è il diritto di usare e di fruire delle cose altrui, salva la loro sostanza [5]. La persona cui

---

[1] § 2, Inst., *de serv.*, II, 3. Vedi anche la nota precedente.

[2] Fr. 1, § 1; fr. 5, § 1; fr. 6, § 1, *de serv. pr. rust.*, VIII, 3.

[3] GLÜCK-SERAFINI, *Comm. alle Pandette*, libro VII; VENEZIAN, *Dell' usufrutto, dell' uso e dell' abitazione*, nel *Codice civ. it.*, commentato per cura di P. FIORE, vol. 2, Napoli 1895 e segg.; PAMPALONI M., *Il concetto classico dell' usufrutto* (Studi per Brugi, 1910, p. p., 109-155); ALBERTARIO E., *L'origine postclassica del possesso dell' usufrutto* (Bull. ist. dir. rom., 1913, p. 5-15).

[4] Punto molto controverso specialmente nel diritto italiano. Vedi sopra § 80.

[5] Pr. 1, *de usufr.*, II, 4: *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* Sul valore della definizione, specialmente per quanto riguarda le parole *salva rerum substantia*, vedi DI MARZO, *La definizione romana dell' usufrutto*, negli *Studi in onore di C. Fadda*, II. Cfr. anche Cod. civ., art. 477.

compete il diritto di usufrutto chiamasi *fructuarius* o *usufructuarius;* la proprietà, dalla quale sia dedotto il diritto di usufrutto, dicesi *nuda proprietas;* e il proprietario della cosa soggetta ad usufrutto chiamasi *dominus proprietatis* o *proprietarius.* L'usufrutto è un diritto divisibile, vale a dire può costituirsi sopra una cosa anche per una parte intellettuale di essa: in questo caso la residua parte può essere consolidata colla proprietà, o può spettare ad un altro usufruttuario [1].

Diritti dell' usufruttuario. — L' usufrutto, come si è detto, consta di due elementi, cioè del diritto ai frutti della cosa, e del diritto di servirsene in ogni altra maniera che non offenda la sostanza. L'usufruttuario adunque ha diritto di appropriarsi tutti i frutti sia naturali sia civili che produce la cosa di cui ha l'usufrutto [2]. Per acquistare la proprietà dei frutti naturali egli ha bisogno della percezione, talchè tutti quei frutti che al termine dell' usufrutto non sono ancora percetti [3], non appartengono ai suoi eredi, sibbene al proprietario della cosa soggetta ad usufrutto [4]. Il bosco ceduo può essere tagliato a regola d'arte dal-

---

[1] Pomponius, fr. 49; Paulus, fr. 50, *h. t.*, VII, 1; Ulpianus, fr. 5, § 2, *si usufr. pet.*, VII, 6.

[2] Paulus, fr. 59, § 1, *h. t.*, VII, 1: *Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percepitur ad fructuarium pertinet.* Cod. civ., art. 479.

[3] La ragione, per cui in diritto romano non basta la semplice dichiarazione, come nel diritto patrio, ma si richiede la percezione, è che l'usufruttuario è bensì quasi possessore del suo diritto, ma non è possessore della cosa, e quindi nemmeno dei frutti che ne fanno parte; e siccome ciò che conduce alla proprietà è il possesso, così egli non acquista i frutti se non prendendone possesso.

[4] Lo stesso dicasi dei frutti staccati da un ladro, o abbattuti dal vento, o caduti da sè, che non siano stati percepiti dall'usufruttuario. Ecco come si esprime a tal riguardo Ulpiano nel fr. 12, § 5, *de usufr.*, VII, 1: « *Iulianus libro trigensimo quinto Digestorum tractat: si fur decerpserit vel desequerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? Et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii,* nisi ab eo percipiantur, *licet ab alio a terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos* ». Vedi fr. 13, *quib. mod. usufr.*, VII, 4; § 1, *de usur.*, XXII, 1; e più sopra § 72. Pel Codice civile appartengono al proprietario i frutti naturali che al termine dell'usufrutto non sono ancora separati (art. 480).

l' usufruttuario, nei tempi consueti, mentre degli altri boschi ed alberi egli non può prendere il legname, che per fare i pali necessari alle vigne o per le riparazioni necessarie agli edifizi compresi nell' usufrutto, o per far fuoco pel suo uso particolare. Tuttavia fa suo il legname che proviene dai tagli necessari, e che deve di preferenza impiegarsi negli usi indicati. Gli alberi atterrati dal vento spettano al proprietario, ma di questi pure l' usufruttuario può prendere tanto, quanto è necessario per sopperire ai bisogni del fondo, di cui ha l' usufrutto, ed al suo consumo personale. Gli alberi che muoiono divengono proprietà dell' usufruttuario, il quale ha però l' obbligo di sostituirne dei nuovi [1]. Egli gode inoltre delle miniere e delle cave che sono in esercizio al cominciare dell' usufrutto [2]. I frutti civili, quali sono i fitti e le mercedi che si ricavano dalla locazione delle cose usufruite, si acquistano giorno per giorno ed appartengono all' usufruttuario in proporzione della durata dell' usufrutto [3].

L'usufruttuario, oltre il diritto di percepire i frutti, ha quello

---

[1] Su questa materia dei boschi e degli alberi vedi fr. 9, § 7 (Ulpianus), fr. 10, (Pomponius, fr. 12, pr. (Ulpianus), fr. 18; fr. 48, § 1; fr. 39, § 2 (Paulus), *h. t.*, VII. 1, e Cod. civ., art. 485-491.

[2] Ulpianus, fr. 9, §§ 2-3 e fr. 15, §§ 5-6, *h. t.*, VII, 1. Per diritto romano è permesso all' usufruttuario di aprire anche nuove cave e miniere sopra una parte del fondo datogli in usufrutto, semprechè non cangi la destinazione o la forma del fondo e non rechi danno alla sua coltura (fr. 9, § 3 e fr. 13, § 5 cit.), cfr. Riccobono, *Studi per Scialoja*, I, p. 594, 2 e Pampaloni, *Bull. dell' Ist. di D. R.*, 1910, p. 152.

[3] Ulpianus, fr. 25, § 2; Scaevola, fr. 58; Paulus, fr. 26 e fr. 59, § 2, *h. t.*, VII. 1. Cod. civ., art. 494. Per diritto romano il contratto di locazione non passa nè dal proprietario all' usufruttuario, nè dall' usufruttuario al proprietario: ciascuno non ha diritti ed obblighi che verso il proprio conduttore in proporzione dell' uso e godimento che egli ha procacciato (vedi i testi succitati). Per conseguenza se l' usufruttuario, o perchè si è espressamente a ciò obbligato o per altre ragioni, sta alla locazione fatta dal proprietario, egli, e non il proprietario, accorda l' uso e il godimento al conduttore, sino alla durata dell' usufrutto; e, viceversa, se finito l' usufrutto, il proprietario sta alla locazione fatta dall' usufruttuario, egli solo da questo momento in poi ha diritto ai canoni ed alle mercedi. Anche secondo il Codice civile italiano i fitti e le mercedi si dividono fra proprietario ed usu-

di usare la cosa in tutta la estensione come se fosse proprietario purchè ne rispetti la sostanza e ne usi da buon padre di famiglia, in quella guisa che l'indole e la destinazione di essa permettono *(salva rei substantia et secundum conditionem suam)*. Egli dunque non solo deve osservare, nell'uso della cosa, le regole di buona economia [1], ma deve inoltre servirsi della cosa secondo la destinazione che le è stata data dal proprietario [2], e soprattutto non ha il diritto di introdurvi cangiamenti che ne alterino sostanzialmente la forma [3].

L'usufruttuario può disporre in certo senso del suo diritto come più gli piace, cedendone ad altri in tutto o in parte l'esercizio, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, o per un certo tempo o per tutta la durata dall'usufrutto, in guisa che il cessionario possa nel proprio interesse far valere l'usufrutto contro i terzi mediante le azioni reali che competono al cedente. Ma egli non può, rigorosamente parlando, trasferire in altri il suo diritto in modo che questi diventi in suo luogo e vece il vero usufruttuario, e la durata dell'usufrutto si regoli secondo la sua

---

fruttuario in proporzione, ma il Codice obbliga il proprietario a rispettare entro certi limiti le locazioni fatte dall'usufruttuario. E difatti l'articolo 493 dispone che le locazioni fatte per un tempo eccedente i cinque anni durino per il quinquennio che si trova in corso al momento della cessazione dell'usufrutto: e le locazioni non eccedenti il quinquennio che l'usufruttuario ha pattuite più di un anno o più di sei mesi prima della loro esecuzione (secondo che si tratta di fondi rustici o di case, hanno effetto ogni qualvolta la loro esecuzione abbia incominciato prima che cessasse l'usufrutto: nel caso poi che l'usufrutto dovesse cessare a tempo certo e determinato, le locazioni fatte dall'usufruttuario hanno effetto per l'anno in corso, e trattandosi di fondi, dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, per il biennio o triennio in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto. E l'articolo 1597 obbliga il compratore, e per analogia anche l'usufruttuario, a stare alla locazione, semprechè questa risulti da scrittura di data certa. Per diritto romano invece il conduttore, che non avesse potuto godere la cosa per tutto il tempo della locazione, non aveva che un diritto di regresso verso il proprio locatore.

[1] ULPIANUS, fr. 9, § 2; fr. 13, § 4-6 e 8; fr. 15, § 4, h. t., VII, 1.

[2] Id., fr. 18; § 8; fr. 15, § 1, h. t., VII, 1, Cod. civ., art. 477.

[3] Id., fr. 7, § 3; fr. 8; fr. 12, § 7; NERIATUS, fr. 44 e 61, h. t.

persona [1]. L'usufruttuario poi non ha diritto di costituire sulla cosa usufruita diritti reali che restringano la proprietà, come sarebbero servitù, enfiteusi, ecc. [2]. E d'altro canto il proprietario ha bensì la facoltà di alienare la sua nuda proprietà, ma non può, senza il consenso dell'usufruttuario, costituire servitù, nè altrimenti disporre della cosa in modo da ledere il diritto dell'usufruttuario [3].

Obblighi dell' usufruttuario. — Egli deve servirsi della cosa da buono e diligente padre di famiglia, ed è responsabile di tutti i deterioramenti che essa potesse soffrire per colpa sua [4]; deve conservare la cosa in buono stato, e fare quindi tutte le spese necessarie al mantenimento della medesima, quali sarebbero le riparazioni ordinarie degli edifizi, la coltivazione dei

---

[1] PAULUS, fr. 15 pr., *famil. ercisc.*, X, 2: *... nec enim (usus fructus), a persona discedere sine interitu sui potest.* POMPONIUS, fr. 66, *de iure dot.*, XXIII, 3: *quoniam diximus usum fructum a fructuario vedi non posse nisi domino proprietario et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usum fructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructum ad mulierum contineat.* § 3. Inst., *de usufr.*, II, 4: *nam cedendo extraneo (usum fructum) nihil agitur.* Da tutti questi fatti risulta ad evidenza che le espressioni « *vendere, locare, donare, usumfructum* » non indicano già che al compratore, al conduttore, al donatario passi il diritto, sivvero l'esercizio del diritto. Lo stesso dicasi del pignoramento dell'usufrutto; oggetto del pegno non è già il diritto di usufrutto, ma l'esercizio del medesimo, di guisa che, se cessa l'usufrutto per morte dell'usufruttuario o per altra causa, cessa immediatamente anche il diritto di pegno del creditore (MARCIANUS, fr. 8, pr. *quib. mod.*, XX, 6: *usufructu extinto pignus hypothecave perit*). Anche il Codice civile (art. 492), dispone che l'usufruttuario può cedere l'esercizio dell'usufrutto.

[2] L'usufruttuario può bensì dare in pegno l'usufrutto, ma l'oggetto del pegno non è già la cosa usufruita, nè il diritto di usufrutto, ma l'esercizio di questo diritto (vedi il § 93).

[3] ULPIANUS, fr. 15, § 7, e fr. 17 pr.; PAULUS, fr. 16, *h. t.*, VII, 1. Nell'antico *ius civile* il proprietario non poteva costituire servitù sulla *res fructuaria* nemmeno col consenso di chi ne aveva l'usufrutto, ma questa massima antiquata non ha più pratica applicazione. Vedi ARNDTS - SERAFINI, *Pandette*, § 179, nota 9.

[4] ULPIANUS, fr. 1, § 3, *usufructuarios quemadm. cav.*, VII, 9.

fondi, il mantenimento degli animali, la sostituzione di nuove piante a quelle che muoiono per vecchiezza, la surrogazione nella mandria e nel gregge degli animali periti, ecc. [1]. Deve infine sopportare tutti i pesi inerenti alla cosa, come, ad esempio, le contribuzioni di guerra, le spese di assicurazione [2].

Finito l'usufrutto, egli deve restituire la cosa coi frutti non ancora percetti, nello stato in cui la ricevè, ma non è responsabile dei deterioramenti avvenuti senza sua colpa [3]. Se abusa della cosa usufruita, il proprietario può chiedergliene la restituzione anche prima del termine dell'usufrutto [4].

Questi obblighi venivano assunti dall'usufruttuario mediante una *cautio* o promessa nella forma di *stipulatio*, alla quale il pretore lo costringeva indirettamente, subordinando ad essa la concessione dell'azione per conseguire l'usufrutto. Al proprietario venne in progresso di tempo concessa la facoltà di esigere la prestazione della *cautio*, anche quando avesse spontaneamente consegnata la cosa [5].

Sono esenti dall'obbligo di dare cauzione: il padre riguardo all'usufrutto del peculio avventizio del figlio; il donante che si riserva l'usufrutto della cosa donata; il coniuge che, passando a seconde nozze, conserva l'usufrutto sui lucri dotali; il marito riguardo all'usufrutto datogli in dote; e finalmente quell'usufruttuario al quale deve ricadere in un tempo certo e determinato anche la proprietà della cosa usufruita [6].

---

[1] Fr. 7, §§ 2 e 3; fr. 9, § 6; fr. 13, § 2; fr. 15, §§ 2 e 7; fr. 18; fr. 45; fr. 59; fr. 61, § 1; fr. 68 e 70 pr., *de usufr.*, VII, 1; Cod. civ., art. 501-514.

[2] Fr. 7, § 2; fr. 27, § 8; fr. 52, *h. t.*; Cod. civ., art. 506-509.

[3] Fr. 7, § 2; fr. 15, § 7; fr. 65, § 1, *h. t.*, VII, 1.

[4] Ulpianus, fr. 1, § 5, *usufr. quemadm. cav.*, VII, 9. Cfr. Cod. civ., art. 516. Appena occorre avvertire che qualora l'usufruttuario danneggi la cosa usufruita, può essere tenuto dall'azione di danni e di ingiurie come qualunque altra persona che danneggi le cose altrui (fr. 13, § 2; fr. 15, § 3 e fr. 66, *de usufr.*, VII, 1).

[5] Ulpianus, fr. 13, pr., *h. t.*, VII, 1; fr. 7, pr. e fr. 12, *usufr. quem cav.*, VII, 9.

[6] Cod. civ., 496: « Il padre e la madre, che hanno l'usufrutto legale dei beni dei loro figli (art. 228 e 231), il venditore e il donante con riserva d'usufrutto non sono obbligati a dare cauzione ». Il patrio legislatore pre-

L'usufruttuario, rinunciando al suo diritto, può sottrarsi per l'avvenire agli obblighi relativi, ma risponde naturalmente di tutti i danni cagionati per sua colpa prima della rinuncia [1].

Del quasi-usufrutto [2]. — L'usufrutto essendo il diritto di usare e fruire di una cosa salva la sostanza della medesima non può essere costituito sulle cose che coll'uso si consumano. Ma un senatoconsulto dei primi tempi dell'impero stabilì che si potesse costituire per legato l'usufrutto di tutte le cose componenti il patrimonio di una persona, onde si trasse la conseguenza che si potesse legare l'usufrutto anche delle cose consumabili [3]. Per tal modo si formò un rapporto giuridico analogo all'usufrutto, che prese il nome di quasi-usufrutto [4]. Accolto una volta quel principio, si dovette estendere alla *res incorporales*, e fu ammesso il quasi-usufrutto di diritti, e principalmente di diritti di credito [5]. Anche sopra un intero patrimonio può essere costituito un usufrutto riguardo alle cose non consumabili, ed un quasi-usufrutto relativamente alle consumabili [6].

Il quasi-usufrutto conferisce a chi ne gode la proprietà delle cose, sicchè gli dà il diritto di consumarle, salvo l'obbligo di restituirne un'eguale quantità della stessa qualità, od il valore stimato in contanti. E quest'obbligo di restituzione è garantito mediante una cauzione, che il quasi-usufruttuario deve prestare a colui al quale deve essere fatta la restituzione [7].

---

sume che il compratore, che non ha stipulato la cauzione da parte del venditore, vi abbia rinunziato.

[1] ULPIANUS, fr. 64 e POMPONIUS, fr. 65, *h. t.*, VII, 1.

[2] Cfr. soprattutto per questa materia HANAUSEK, *Die Lehre des uneigentlichen Niessbrauchs*, 1853; [PAMPALONI, nel *Bull. Ist. di dir. rom.*, XIX, pag. 128 e seg.].

[3] ULPIANUS, fr. 1, *de usufr. ear. rer. quae us. cons.*, VII, 5: *Senatus censuit: ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit usufructus legari.*

[4] GAIUS, fr. 2, *h. t.*, VII, 5: *Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae usufructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi.*

[5] ULPIANUS, fr. 3 e PAULUS, fr. 4, l. c., VII, 5.

[6] ULPIANUS, fr. 3, l. c., VII, 5.

[7] Fr. 2, 4, 6, 7, 9, 10 e 11, VII, 5, Cod. civ., art. 483.

Riguardo alle cose che coll'uso non si distruggono, ma perdono il loro valore, come, per esempio, le vesti, si può costituire un vero e proprio usufrutto o un quasi-usufrutto: ciò che decide è l'intenzione di chi lo ha costituito [1]. Sui diritti di credito si può costituire un vero e proprio usufrutto, se si concede soltanto il diritto di riscuoterne e goderne gl'interessi; se però, come in dubbio si deve ritenere, è stato concesso anche il diritto di esigere l'oggetto del credito, si avrà ora un vero usufrutto ed ora un quasi-usufrutto, secondo la natura dell'oggetto; trattandosi del diritto di riscuotere un capitale, si ha un quasi-usufrutto, appunto perchè il danaro contante appartiene alle cose consumabili [2].

DELL'USO [3]. — L'usufrutto si compone di due elementi: il diritto di usare della cosa ed il diritto di fruirne. Se il primo di questi diritti è costituito in servitù separata, si ha il *nudus usus sine fructu*, ossia la servitù di uso *(usus)*. L'*usus* può definirsi: il diritto di usare di una cosa altrui secondo la sua natura e destinazione, senza il diritto di percepirne i frutti [4]. L'usuario adunque può servirsi della cosa per tutti gli usi a cui essa è destinata ma non può prenderne alcun frutto o prodotto, sia in natura, sia in contanti. Di qui viene che l'usuario non solo non può cedere il suo diritto, ma nemmeno l'esercizio del medesimo [5]. Talvolta

---

[1] Così si conciliano i fr. 15, §§ 4 e 5, *de usufr.*, VII, 1 e fr. 9, § 3, *usufr. quemadm.*, VII, 9 (di ULPIANUS), col § 2, Inst., *de usufr.*, II, 4. Se venne lasciato l'usufrutto di un intiero patrimonio, del quale fanno parte cose che coll'uso si deteriorano, si ritiene in dubbio che di queste cose siasi lasciato il quasi-usufrutto; se invece si costituì l'usufrutto sulle cose che si deteriorano, come tali, si deve ritenere che siasi costituito un vero e proprio usufrutto (Cod. civ., art. 484).

[2] Vedi sull'argomento FERRARA, *L'usufrutto dei crediti nel dir. civ. ital.*, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XXXVIII-XXXIX.

[3] Cfr. RICCOBONO, *Sull'usufr.*, negli *Studi per Scialoja*, I, 579.

[4] ULPIANUS, fr. 2, *de usu*, VII, 8: *Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.* GAIUS, fr. 1, § 1, *eod.*; *Constituitur etiam nudus usus, i. e. sine fructu.* Secondo un'opinione che in addietro fu la dominante, l'*usus* si distingue dall'*ususfructus* non per il genere di godimento della cosa a cui esso dà diritto, ma per la misura di tale godimento, sicchè l'*usus* sarebbe un *fructus* limitato, ristretto ai bisogni personali di colui a cui favore fu costituito.

[5] ULPIANUS, fr. 8, pr.; GAIUS, fr. 11, *h. t.*, VII, 8.

però accade che chi ha costituito la servitù d'uso abbia avuto l'intenzione di concedere più di quanto esprimono le parole, come, per esempio, se taluno avesse lasciato il diritto d'uso di una somma di danaro, di un bosco ceduo, o di altre cose, le quali, col semplice uso, non procurano alcun vantaggio. In tali casi è lecito ritenere che il disponente abbia inteso di concedere, anzichè il semplice uso, un diritto più o meno esteso di fruire della cosa. Le fonti ci dànno i seguenti esempi [1]. Se a taluno fu legato l'uso di una casa, non ha soltanto il diritto di abitarvi egli stesso, ma può tenervi eziando la famiglia e le persone addette alla medesima e ricevervi un ospite; e qualora la casa fosse troppo grande per l'usuario e la sua famiglia, gli si permette di appigionare le stanze che gli avanzano [2]. Colui al quale fu lasciato l'uso di un fondo rustico, ha non solo il diritto di starvi e di passeggiarvi, ma eziandio quello di percepirne i frutti limitatamente ai suoi bisogni ed a quelli della famiglia [3]. A chi fu rilasciato l'uso di un gregge è lecito prendere anche un po' di latte pel suo uso personale [4]. Il legato finalmente dell'uso di un bosco ceduo viene interpretato come un legato dell'usufrutto [5], e quello dell'uso di cose consumabili è parificato al quasi-usufrutto [6].

Gli obblighi dell'usuario sono in generale uguali a quelli dell'usufruttuario, specialmente per ciò che riguarda la restituzione della cosa e la relativa cauzione [7]. Tuttavia egli non è tenuto alle spese ed ai carichi che in proporzione dei frutti che ritrae dalla cosa [8].

L'uso, a differenza dell'usufrutto, è indivisibile, al pari delle servitù prediali [9].

---

[1] Cfr. su tutti RICCOBONO, *op. cit.*

[2] ULPIANUS, fr. 2, § 1; fr. 4, 6 e 8, § 1: PAULUS, fr. 3 e 5: POMPONIUS, fr. 8, *de usu et hab.*, VII, 8.

[3] ULPIANUS, fr. 10, § 4 e fr. 12, § 1; PAULUS, fr. 15, *h. t.*, VII. 8.

[4] Id., fr. 12, § 2, *h. t.*, VII, 8.

[5] POMPONIUS, fr. 22, pr. *h. t.*, VII, 8.

[6] ULPIANUS, fr. 5, § 2 e fr. 10, § 1, *de usufr. ear. rer.*, VII, 5.

[7] Id., fr. 5, § 1 e PAPINIANUS, fr. 11, *usufr. quemadm. cav.*, VII, 9.

[8] PAULUS, fr. 18, *h. t.*, VII, 8; Cod. civ., art. 527.

[9] Id., fr. 19, *h. t.*, VII. 8: *Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.*

DELL' ABITAZIONE. — L' abitazione è una servitù personale, in virtù della quale si può abitare una casa altrui, o locarla, rispettata la destinazione della medesima. Disputavasi fra i giureconsulti romani se la servitù dell'abitazione dovesse riguardarsi come servitù d' uso o d' usufrutto. Giustiniano le attribuì uno speciale carattere, riconoscendole alcune facoltà inerenti all' usufrutto e privandola di alcune altre. Così ne venne un diritto reale *sui generis* più esteso dell'uso, ma più limitato dell' usufrutto. Ed infatti chi ha la servitù d' abitazione non può cederla gratuitamente ad un terzo, ma può invece locarla [1], ed inoltre la servitù d'abitazione, al contrario di quella di uso, non si estingue nè per il non uso, nè per la *capitis deminutio* [2]; l' *habitator*, cioé, riacquista il diritto quante volte ricomincia ad esercitarlo [2]. Nel resto valgono le regole relative alla servitù dell' uso [4].

OPERE DEGLI SCHIAVI E DEGLI ANIMALI. — La *servitus operarum* è il diritto di percepire ogni utile dalle opere degli schiavi o degli animali altrui. Questa servitù ha grande analogia coll'usufrutto ed obbliga essa pure a prestare la cauzione [5], ma ne differisce in ciò che è indivisibile, e non si estingue essa pure nè per non uso, nè per *capitis diminutio* [6].

---

[1] § 5, Inst., *de usu et hab.*, II. 5. *Sed si cui habitatio legata sive alquoi modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius. Quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permissimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.* C. 13, Cod., *de usuf.*, III, 33. ULPIANUS, fr. 10, pr. §§ 2 e 3, *de usu et hab.*, VII, 8. Il Codice civile non ammette il diritto di locare l'abitazione. Lo JHERING sostiene lo stesso pel diritto romano. Vedi *Archivio giur.*, XIII, 501.

[2] ULPIANUS, fr. 10. pr. *h. t.*, VII. 8; MODESTINUS, fr. 10, *de cap. min.*, IV, 5.

[3] Avviene lo stesso per l' *ususfructus repetitus*. Vedi BUONAMICI, nell'*Archivio giur.*, XXI, 279.

[4] ULPIANUS, fr. 5, § 3, *usufruct. quemadm.*, VII, 9.

[5] Id., fr. 5, § 3, *usufruct. quemadm.*, VII, 9.

[6] Id., fr. 2, *de oper. servor.*, VII, 7.

§ 83.

Costituzione delle servitù.

Nel diritto civile antico le servitù si costituivano mediante la *in iure cessio*, che in questo caso era un simulacro dell'azione confessoria, precisamente come per le cose corporali essa era una simbolica rivendicazione. Le servitù rustiche però, che si comprendevano fra le *res mancipi*, potevano acquistarsi anche col mezzo della *mancipatio* [1]. Questo secondo atto solenne d'acquisto serviva del resto a costituire qualunque servitù, quando si mancipava la cosa stessa detraendone al tempo stesso una servitù a favore di colui che trasferiva il dominio *deducta servitute* [2].

La *mancipatio* e la *in iure cessio* erano i soli atti che potessero costituire una servitù civile *(servitus iure constituta)*. Vi erano però alcuni altri casi, nei quali un vizio subbiettivo od obbiettivo impediva che prendesse vita una servitù civile, ma pure il rapporto giuridico era garantito e difero dal pretore *(servitus tuitione praetoris constituta)*. Così, mentre gli editti del pretore peregrino e quelli provinciali dovettero tutelare la servitù fra i peregrini, fu ritenuta sufficiente per acquistare una servitù sopra un fondo provinciale una semplice convenzione, *pactio*, alla quale soleva aggiungersi una solenne stipulazione, mediante la quale il costituente obbligava sè ed i suoi eredi a permettere l'esercizio della servitù [3]. Siffatta stipulazione non bastava in origine a creare una vera e propria servitù, ma obbligava il costituente al risarcimento di tutti i danni o al pagamento della penale pel caso che egli o i suoi eredi avessero posto ostacolo all'esercizio della servitù. In progresso di tempo si accordò nondimeno dal pretore un'azione reale, una *utilis confessoria actio*. La stessa tutela, che era concessa alle servitù costituite

---

[1] Gai, *Inst.*, II, 28 e 29.

[2] Id., *Inst.*, II, 33; *Fragm. Vatic.*, § 47.

[3] Id., *Inst.*, II, 31. Si veda Perozzi, nella *Rivista ital. per le scienze giur.*, XXXIII, 3.

sopra un fondo provinciale, competeva, sempre per diritto pretorio, a chi della cosa non fosse stato che semplice proprietario bonitario, non meno che a chiunque avesse acquistato una servitù dall' enfiteuta o dal superficiario [1]. Anche quando l'atto era vizioso nella forma, e faceva difetto il *dominium auctoris,* non prendeva vita una servitù civile; ma in questo caso pure il pretore cominciò ad attribuire un certo valore alla semplice tradizione e al possesso che ne era la conseguenza. Quanto alle servitù personali difatti il loro esercizio era connesso con la detenzione della cosa, e per le servitù prediali, almeno per le affermative, si considerò come tradizione l' esercizio dall' una parte e la tolleranza *(patientia)* dall' altra [2]. A tutela del quasi-possesso della servitù [3], che nasceva da questa specie di tradizione, il pretore accordò gli interdetti e l' azione publiciana.

Il diritto giustiniano non riconosce che i seguenti modi di costituzione della servitù: la convenzione, la disposizione d' ultima volontà, la legge, l' aggiudicazione e il lungo uso.

CONVENZIONE. — Abolite le forme della *in iure cessio* e delle *mancipatio,* si estese naturalmente la disposizione che riguardava i fondi provinciali, e si ammise che bastasse la convenzione, il consenso cioè del proprietario che vuole assoggettare la cosa alla servitù e di colui che intende acquistarla.

È controverso se a costituire la servitù basti la convenzione o si richieda inoltre la quasi-tradizione del diritto. L'opinione prevalente è che non sia necessario la *quasi traditio* per le seguenti ragioni. Le fonti dicono espressamente che le *pactiones* e le *stipulationes* servono a costituire una servitù [4]; se alcuni passi parlano di una tradizione, non è per dichiararla assolutamente

---

[1] *Fragm. Vat.,* § 31; ULPIANUS, fr. 1, pr., *quib. mod. ususfr. amitt.,* VII, 4 e fr. 1, §§ 6 e 9, *de superf.,* XLIII, 18.

[2] ULPIANUS, fr. 11, § 1, *de publ. act.,* VI, 2; fr. 1, § 2, *de serv. praed. rust.,* VIII, 3 e fr. 1, § 9, *de superf.,* XLIII, 18.

[3] Sul possesso in genere e sul possesso in materia di servitù, cfr. RICCOBONO S., in *Bull. di dir. rom.,* 1911, p. 15-29.

[4] GAI., *Inst.,* II, 31: *Sed haec scilicet in italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi, agendi, aquamve ducendi vel*

necessaria; e non deve finalmente fare difficoltà il principio (esposto più sopra nel § 64) che un semplice patto non serve a trasferire il dominio, ma è necessario si aggiunga la consegna della cosa, perchè questo principio si estende agli *iura i re aliena* che sono cose incorporali, mentre anche i diritti reali di enfiteusi, di superficie e d'ipoteca sorgono dalla semplice convenzione[1].

---

altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus *id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*

[1] L'opinione contraria, sostenuta dal Vangerow, dal Lenel, dal Brinz e da altri illustri scrittori, s'appoggia principalmente sul fr. 3, pr. *de obl.*, XLIV, 7 (di PAOLO) e sulla Cost. 20, *de pactis*, II, 3. Vedi MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, Siena 1891, pag. 130 e seg. L'A., partendo dal principio, che costituisce la tesi fondamentale di questo suo lavoro, che in diritto romano dall'epoca più antica (e cioè già nel testo delle XII Tavole) sino ad una epoca forse non molto inferiore a Giustiniano, *pactum (pactio)* significasse propriamente la convenzione con la quale una delle parti rinunciava a favore dell'altra all'esercizio di un determinato diritto d'azione in atto (cioè a processo già iniziato) od in potenza, che essa aveva verso di questa allo scopo di creare a favore della medesima una corrispondente *exceptio* (*pacti conventi*) e che a tale convenzione fosse stata riconosciuta sempre dal diritto quella efficacia, indipendentemente dall'osservanza di qualsiasi forma nella manifestazione del consenso (*nudum pactum, nuda pactio*), spiega il tanto vessato passo di GAIO (II, 31), da noi riferito nella nota precedente in un modo a dir vero affatto nuovo, che crediamo opportuno di riassumere. Siccome, dice egli in sostanza, sui fondi provinciali, dei quali appunto qui parla GAIO, non poteva aversi un vero diritto di proprietà (GAI., II, 7: *in provinciali solo dominium Populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur*), così non era concepibile neppure la costituzione sovra di essi di un vero e proprio diritto di servitù. Perciò per avere per quanto era possibile quelli effetti che si sarebbero avuti solo da un corrispondente diritto di servitù, il concedente mediante *pactiones* rinunciava a favore del concessionario alle azioni colle quali avrebbe potuto impedirgli di usare o disporre del fondo in quel modo convenuto. Sicchè se il concedente poi avesse mancato alle sue promesse promuovendo azione contro il concessionario per impedirgli quel tal uso del fondo, questi avrebbe potuto opporgli l'*exceptio pacti conventi*. In tal guisa la facoltà di disporre in quel dato modo convenuto accordata al concessionario, per essere paralizzato ogni diritto d'azione col quale il concedente potesse impedirgliene l'esercizio,

La servitù può essere costituita, oltrechè dal proprietario, anche dall'enfiteuta e dal superficiario, finchè dura il loro diritto [1], e sotto una condizione, un termine o un modo [2]. Infine anche

---

veniva ad essere quanto agli effetti pratici negativi qualche cosa di molto simile ad un diritto reale e precisamente un rapporto che aveva con un vero diritto di servitù quella stessa analogia che aveva colla proprietà il diritto che sul fondo stesso (provinciale) aveva il concedente e sul quale la concessione stessa si fondava. Ma siccome quelle *pactiones* non privavano il concedente (che per le ragioni dette da Gaio nè era, nè poteva dirsi proprietario) del diritto di disporre del fondo anche in modo da rendere all'altro impossibile, sia pure in linea di mero fatto, di servirsi del fondo nel modo convenuto, così per mezzo di *stipulationes* il concedente stesso obbligava sè ed i suoi successori a favore del concessionario o successori di non porre ostacoli all'esercizio di quella specie di diritto di servitù che si era voluto costituire. Come vedesi quel certo effetto reale che si aveva per mezzo delle *pactiones* e che non avrebbe mai potuto aversi per effetto di una convenzione neppure nella forma solenne di *stipulatio* veniva in certo modo completato coll'aggiunta delle *stipulationes* che alla lor volta producevano effetti che le *pactiones* non avrebbero mai potuto avere perchè da questa non poteva nascere che un' *exceptio*. Da ciò secondo l'A. quella necessità di combinare queste con quelle, che gli interpreti del diritto romano in generale trovano impossibile (tanto è difficile) a spiegare. Di che può darci un esempio DERNBURG, *Pandekten*, 2ª ediz., § 251, vol. I pag. 503. Vedi il FERRINI, nel *Filangeri*, 1892, pag. 65. — Secondo il Cod. civ. italiano, per la costituzione delle servitù non si richiede la tradizione (art. 1125). Tuttavia le convenzioni, che costituiscono o modificano servitù prediali e diritti d'uso o d'abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto, devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità (art. 1314, num. 2), e perchè abbiano effetto contro i terzi, debbono eziandio essere trascritte (art. 1932, n. 2 e art. 1942).

[1] ULPIANUS, fr. 1, § 9, *de superf.*, XLIII, 18; Cod. civ., art. 665.

[2] Le servitù personali potevano costituirsi sotto condizione ed a termine anche nel diritto classico: *Fragm. Vat.*, 48 52; ULPIAN., fr. 16, § 2, *fam. erc.*, X. 2; Const. 5 e 12, *de usufr.*, III, 33. Le servitù prediali, invece, non potevano costituirsi nè sotto condizione nè a termine, probabilmente per la natura dei modi allora in uso *(mancipatio, in iure cessio, adiudicatio)* che non ammettevano opposizione di condizione o di termine. PAPINIANUS, fr. 4, *de servit.*, VIII, 1: *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia quamdiu volam) constitui possunt. Sed tamen, si haec adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit et sibi placere.* Per disposizioni d'ultima volontà

nel diritto giustinianeo è concesso di costituire una servitù riservandola nell'atto di trasferire il dominio [1]. Le servitù personali possono acquistarsi da qualsiasi persona fisica o giuridica; le prediali dal proprietario del fondo, a favore del quale si acquistano [2], e, per analogia, anche dall'enfiteuta e dal superficiario.

ATTO D'ULTIMA VOLONTÀ. — Tutte le servitù possono venire costituite con un atto di ultima volontà, ma per lo più sono le personali quelle che per questa guisa si costituiscono.

LEGGE. — Per pura disposizione della legge non sorge se non la servitù personale dell'usufrutto, come, per esempio, l'usufrutto legale che compete al padre sul peculio avventizio dei discendenti che sono nella sua podestà [3].

AGGIUDICAZIONE. — Il giudice può costituire delle servitù in un processo di divisione di eredità, in cui, per esempio, si accordi dal medesimo la proprietà ad uno, l'usufrutto ad un altro; oppure nella divisione di un fondo nella quale sia necessario accordare ad uno dei condomini un diritto di passo sulla porzione toccata all'altro [4].

(*legatum*) potevano costituirsi sotto condizione anche le servitù prediali (MARCELLUS, fr. 3, *de servit. legata*, XXXIII, 3). Del resto anche trattandosi di servitù costituite con atti fra vivi *mancipatio, in iure cessio*), lo stesso Papiniano avverte che l'apposizione di una condizione o di un termine, se non valeva *ipso iure*, dava però luogo ad un'eccezione personale contro colui che avesse voluto esercitare la servitù contrariamente alla clausola da esse consentita. Nel diritto moderno si ammette senz'altro che le servitù possano costituirsi sotto una condizione, un termine o un modo. Sul modo nelle servitù cfr. PAPINIANUS, fr. 4, § 1, *de servit.*, VIII, 1.

[1] Fr. 32, 36, § 1 e fr. 54, *de us.*, VII, 1; fr. 35, *de s. p. u.*, VIII, 2; fr. 30, *de s. p. r.*, VIII, 3; fr. 3, 5, 6, pr.; fr. 6, 8 e 10 *comm. pr.*, VIII, 4.

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 1, *commun. praed.*, VIII, 4. *Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.* Cfr. fr. 6, pr. e fr. 8, *cod.*, e fr. 6, § 5, *de act. emt. vend.*, XIX, 1. Se vi sono più comproprietari, la servitù va conceduta a tutti in comune (vedi § 80).

[3] C. 6 *de bon. q. lib.*, VI. 61; Cod. civ., art. 228, 231, 753, 812, 814.

[4] GAIUS, fr. 6, § 1, *de usufr.*, VII, 1; ULPIANUS, fr. 16, § 1, *fam. erc.*, X, 2 e fr. 7, § 1, *comm. div.*, X, 3.

LUNGO USO. — Anche le servitù, come il diritto di proprietà, possono essere costituite mediante un possesso protratto per un tempo più o meno lungo [1]. I requisiti, che il diritto giustinianeo richiede per questo possesso, sono i seguenti. Esso deve continuare senza alcuna interruzione: colui che esercita il diritto non deve perderne l'esercizio medesimo, il che può, per esempio, avvenire per le servitù discontinue con una lunga interruzione degli atti che lo costituiscono. Esso non deve essere neppur turbato, il che avviene sempre con la litiscontestazione [2]. Il possesso deve essere giuridico, vale e dire deve esistere l'intenzione di esercitare un diritto di servitù *(animus ius sibi habendi)* [3]. Esso non deve inoltre soffrire di alcun vizio di clandestinità, di violenza o di precarietà [4]; ma, secondo l'opinione più ricevuta, non sono richiesti i requisiti della buona fede o del giusto titolo, ma basta che il possesso non sia nè clandestino, nè violento, nè precario [5]. Finalmente esso deve continuare per dieci anni fra presenti, e per venti anni fra assenti [6].

Il Codice civile non ammette nè l'usucapione ordinaria, nè la straordinaria dei 30 anni e nemmeno la immemoriale per le

---

[1] Il possesso consiste nell'esercizio del diritto di servitù (*iuris quasi possessio;* vedi più sopra § 56). L'antico diritto conosceva una *usucapio servitutum*, la quale venne però abolita da una legge Scribonia (PAULUS, fr. 4, § 28 [29]. *de usurp.*, XLI, 3 e fr. 14, *de serv.*, VIII, 1). Accanto però alla regola che le servitù non potevano essere oggetto di usucapione, si stabilì a poco a poco il principio che un *diuturnus usus*, una *longa quasi possessio* fosse capace di produrre l'acquisto di una servitù (ULPIANUS, fr. 10, pr. *si serv. vind.*, VIII, 5, fr. 1, § ult., *de aqua et aq. pl. arc.*, XXXIX, 19), ed in base a questo lungo uso si accordò un'*utilis confessoria actio*. Vedi PICCINELLI, negli *Studi Senesi*, II, 273-303 (ma su di lui PAMPALONI, nell'*Archivio giur.*, XXXV, 147-157), e l'ASCOLI, *La usucapione delle servitù in dir. rom.*, nell'*Archivio giur.*, XXXVIII, 51 e 193. Per il diritto italiano vedi L. COVIELLO, *Dell'usucapione delle servitù pred.*, nella *Riv. it. per le sc. giur.*, 1891.

[2] Arg. Const., 2, Cod., *de ann. except.*, VII, 40.

[3] PAULUS, fr. 25, *quemadm., serv. amitt.*, VIII, 6; ULPIANUS, fr. 1, § 8, e CELSUS, fr. 7, *de itinere act. pr.*, XLIII, 19.

[4] ULPIANUS, fr. 10, pr. *si serv.*, VIII, 5 e fr. 1, § 23, XXXIX, 3.

[5] D'opinione contraria è ASCOLI, nell'*Archivio giur.*, XXXVIII, 51.

[6] PAUL., *Sent.*, V, 5, *a*, § 8; C. 2, *de serv.*, III, 34; C. 12, VII, 33.

servitù continue non apparenti; le servitù che sono ad un tempo continue ed apparenti si acquistano col possesso legittimo decennale, semprechè esista un titolo debitamente trascritto che non sia nullo per difetto di forma, o col possesso di 30 anni, se mancano queste condizioni (art. 629, 630, 685, 686, 2136 e 2137). Il Codice civile ammette inoltre l'acquisto delle servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 629, 632 e 633) [1].

§ 84.

Estinzione delle servitù.

Le servitù si estinguono per confusione, per distruzione della cosa servente, per distruzione del loro subbietto, per rinunzia, per prescrizione e finalmente per il verificarsi della condizione risolutiva e per lo spirare del termine.

Confusione (o consolidazione) [2]. — La servitù si estingue per confusione, quando il diritto di proprietà e il diritto di servitù vengono a riunirsi nella medesima persona [3]. La servitù estinta in tal guisa non rivive pel solo fatto che quei due diritti tornino di nuovo a separarsi [4], ma può accadere che venga ripristinata per disposizione del giudice, o che esista una speciale obbligazione per il suo ristabilimento [5].

---

[1] Sulla costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia nel diritto romano, si disputa molto. Vedi SIMONCELLI, *La destin. del padre di fam. come mezzo costit. di serv. pred. in d. r.*, Napoli 1886; SALA-CONTARINI, *La destinaz.*, ecc., Girgenti 1895; e RICCOBONO, nella *Riv. ital. per le sc. giur.*, XXII, 380.

[2] SUPINO, nell'*Archivio giur.*, XV, 79; LORU, *ivi*, XXVI, 203.

[3] GAIUS, fr. 1, *quemadm. serv.*, VIII, 6: *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.* Cfr. Cod. civ., art. 664. La confusione assume il nome speciale di consolidazione quando si verifica nella servitù di usufrutto: *finitur ususfructus, si usufructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur* (§ 3, Inst., *de usufr.*, II, 4).

[4] PAULUS, fr. 30, pr. *de serv. praed. urb.*, VIII, 2.

[5] Id., fr. 18, *de serv.*, VIII, 1; POMPONIUS, fr. 9, *comm. praed.*, VIII, 4; FLORENTINUS, fr. 116, § 4, *de legatis*, I, [30]; PAPINIANUS, fr. 57, pr. *de usufr.*, VII, 1.

Distruzione della cosa serrente. — Se la cosa soggetta alla servitù è intieramente distrutta, o sottratta al commercio, la servitù si estingue per mancanza di oggetto [1]. Le servitù personali poi si estinguono non solo per la distruzione totale della cosa servente, ma anche in seguito ad una trasformazione della medesima, per cui essa non si presti più allo specifico uso di prima.

Così, per esempio, l'usufrutto di una casa si estingue se questa cade in rovina, ed il fruttuario non ha alcun diritto sui materiali e sull'area che rimangano nella medesima [2]; l'usufrutto di una *quadriga* di cavalli si estingue se perisce uno dei cavalli che la compongono [3].

Distruzione del subbietto. — Le servitù prediali si estinguono per la distruzione del fondo dominante al quale esse sono inerenti [4]; le servitù personali cessano con la morte della persona, a cui favore vennero costituite, o con la sua *magna capitis deminutio* [5]. Le servitù personali costituite a favore di una per-

---

[1] Pr. Inst., *de usufr.*, II, 1; CELSUS, fr. *cod.*, VII, 2; POMPONIUS, fr. 23 e JAVOLENUS, fr. 24, *quib. mod. usufr.*, VII, 4. Cod. civ., art. 662.

[2] PAUL., *Sent.*, III, 6, § 31; ULPIANUS, fr. 5, § 2, *quib. mod. usufr.*, VII, 4. Il Codice civile dispone invece che se l'usufrutto è stabilito sopra un edifizio e questo venga a perire, l'usufruttuario avrà diritto di godere dell'area e dei materiali, salva la facoltà al proprietario di occupare l'area e valersi dei materiali per la costruzione di un nuovo edifizio, pagando all'usufruttuario gli interessi del valore dell'area e dei materiali (capov. art. 520).

[3] ULPIANUS, fr. 10, § 8, *quib. mod. usufr.*, VII, 4.

[4] PAULUS, fr. 20, § 2, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2; Cod. civ., art. 662. Secondo alcuni la servitù si estingue quando il fondo servente diventa *res nullius*. Sulla questione vedi il FADDA negli *Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze 1882, pag. 67-84; BRUGI, *Append.* cit. al GLÜCK, e di nuovo FADDA, nel *Filangieri*, XXI, 801-806.

[5] § 3, Inst., *de usufr.*, II, 4; pr. *de usu et hab.*, II, 5; ULPIANUS, fr. 3, § 3, *quib. mod. usufr. am.*, VII, 4; Const. 12, pr. *de usufr.* III, 33 (JUSTINIAN.): « *...ad posteritatem usumfructum transmitti non est possibile, quum morte usumfructum penitus extingui iuris indubitati sit* ». Fr. 38, § 10, *de verb. obl.*, XLI, 1 (ULPIANUS): « *Si quis ita stipulatus fuerit, uti frui sibi licere, ad heredem ista stipulatio non pertinet* ». Ma siccome è lecito stipulare in favore dei proprii eredi, così la stipulazione UTI FRUI LICERE SIBI HEREDIQUE SUO

sona giuridica non possono in alcun caso eccedere la durata di cent'anni [1].

Rinunzia. — Chi ha un diritto di servitù può rinunziarvi mediante contratto o con disposizione d'ultima volontà. Il diritto civile antico richiedeva per l'estinzione della servitù mediante atti fra vivi la *in iure cessio*, cioè una simbolica *vindicatio libertatis rei* o la *remancipatio* [2]. Il semplice contratto, senza la solennità della *in iure cessio* o della *remancipatio*, non accordava che un'eccezione al proprietario per opporsi all'ulteriore esercizio della servitù, a cui erasi rinunziato. Nel diritto giustinianeo basta il semplice contratto che può essere conchiuso anche tacitamente, come avviene nel caso che l'usufruttuario acconsenta senza riserva alla vendita della cosa usufruita. Per la rinunzia ad una servitù prediale nel caso del condominio si richiede il consenso di tutti i comproprietari del fondo dominante e del fondo servente [3].

Prescrizione. — Le servitù si estinguono per prescrizione, quando non vengano esercitate per dieci o venti anni [4]. Per l'estinzione delle servitù personali e delle servitù prediali rustiche basta il non uso di dieci o vent'anni [5], ma per le estinzioni delle servitù urbane, che sono suscettive di un esercizio continuo, si richiede inoltre l'*usucapio libertatis*; vale a dire è necessario che

---

ha per oggetto due usufrutti diversi (*fructus diversi*, come dice ULPIANO) promessi l'uno allo stipulante, l'altro all'erede. L'usufrutto dell'erede è un usufrutto nuovo, ch'egli acquista, non in virtù della trasmissione ereditaria, ma per diritto proprio, dopo la morte dello stipulatore (fr. 38, § 12, *de verb. obl.*, XLV, 1). La Const. 14, *de usufr.*, III, 33. autorizza poi a ritenere che la stipulazione UTI FRUI LICERE HEREDI valga per l'erede immediato, e non per gli eredi dell'erede. Vedi anche gli art. 515 e 901 del Codice civile.

[1] GAI., fr. 56, *de usufr.*, VII, 1. Il Cod. civ. ridusse il termine a trent'anni.

[2] Id., *Inst.*, II, 30; PAUL., *Sent.*, III, 6, § 32.

[3] ULPIANUS, fr. 1, § 12, *de doli exc.*, XLIV, 4; PAULUS, fr. 8, pr. *quemadm. serv. am.*, VIII, 6; ULPIAN, fr. 64, *de usufr.*, VII, 1.

[4] Const. 16, § 1, *de usufr.*, III, 33; Const. 13, *de serv.*, III, 34. Il Cod. civ. richiede il non uso di trent'anni (art. 529 e 666).

[5] Nel diritto antico le servitù prediali si estinguevano col non uso di due anni; le personali col non uso di un anno o di due, secondochè erano costituite su cosa mobile o su cosa immobile.

il proprietario della cosa servente abbia agito in opposizione alla servitù, che il proprietario del fondo dominante non vi si sia opposto, che quell'atto non sia inoltre viziato da clandestinità o da precarietà, e che finalmente lo stato di cose prodotto dal medesimo abbia durato per dieci o vent'anni [1].

Infine avvertiremo che le servitú personali si estinguono di pieno diritto anche col verificarsi di una condizione risolutiva e con lo spirare del termine convenuto [2]. Le servitù prediali invece non si estinguono *ipso iure* per quei due modi, ma soltanto *ope exceptionis* [3].

§ 85.

Azioni che tutelano le servitù.

La legge accorda a tutela del diritto di servitù un'apposita azione reale, *confessoria in rem actio*, la quale può essere intentata eziandio come *quasi pubbliciana actio* ed inoltre accorda azioni possessorie tendenti a tutelare il quasi possesso della servitù.

Azione confessoria. [4] — Si chiama confessoria quell'azione che serve a far valere e proteggere un diritto di servitù. L'azione confessoria è per le servitù ciò che pel diritto di proprietà

---

[1] GAIUS, fr. 6, *de serv. praed. urb.*, VIII, 2. Cfr. JULIANUS, fr. 32, *cod.*, e Codice civile, art. 667. Vedi anche PAULUS, fr. 4, § 29, *de usurp.*, XLI, 3. Il termine della *libertatis usucapio* era avanti Giustiniano un biennio, come per il *non usus*. La Corte di Cassazione di Torino ha deciso che l'atto contrario alla servitù, dal quale comincia a decorrere la prescrizione trentennale estintiva della servitù continua, non è necessario sia fatto dal proprietario del fondo servente, ma può essere fatto anche dal proprietario del fondo dominante (26 maggio 1882, Aichino c. Nicola, nella *Giurispr. di Torino*, XIX, 491). Vedi anche Cassaz. di Palermo, 13 aprile 1894 (*Circolo giuridico*, XXV, 289).

[2] ULPIANUS, fr. 15, *quib. mod. usufr.*, VII, 4. Cod. civ., art. 515.

[3] PAPINIANUS, fr. 4, pr. *de serv.*, VIII, 1. Vedi sopra § 83.

[4] SEGRÈ G., *La denominazione di actio confessoria, in particolare per la rivindica dell'usufratto e delle servitù*, in *Mélanges F. C. Girard*, 1912, p. 511-519.

l'azione di revindicazione; di qui anche il nome di *vindicatio servitutis* [1].

L'azione confessoria compete a chi ha il diritto di servitù contro chiunque contesti quel diritto o ne turbi l'esercizio. L'attore deve dunque provare l'esistenza del suo diritto, e nelle servitù prediali deve provare altresì di essere proprietario del fondo dominante [2], senza distinguere s'egli n'abbia o no il possesso [3]. L'azione confessoria è accordata *utiliter* anche a coloro che sono interessati direttamente all'esistenza della servitù in causa di un diritto di enfiteusi, di superficie o di pegno, ed a coloro che acquistarono la servitù dall'enfiteuta o dal superficiario [4].

---

[1] Anche la procedura dell'*actio confessoria* è sempre stata analoga a quella della *rei vindicatio*.

[2] AFRIC., fr. 16, *de except.*, XLIV, 1: *Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est; et dico praeterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi; si viam petam, exceptionem* « QUOD PRAEIUDICIUM PRAEDIO NON FIAT » *utilem tibi fore putarit: videlicet, quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse.* Se il fondo dominante sia di più proprietari, siccome le servitù prediali sono indivisibili, l'azione confessoria spetta in solido a ciascun comproprietario (ULPIAN., fr. 4, § 3 e fr. 6, § 4, *si serv. vind.*, VIII, 5). Vedi sopra § 80.

[3] ULPIAN., fr. 6, § 1 e fr. 8, § 3, *si serv. vind.*, VIII, 5.

[4] Id., fr. 3, § 3 e GAI., fr. 9, *de op. nov. nunt.*, XXXIX, 1. GIULIANO, nel fr. 1, § 4, *de remiss.*, XLIII, 25, accorda l'*actio confessoria utilis* anche all'usufruttuario, turbato nell'esercizio di una servitù prediale costituita a favore del fondo usufruito; ma, secondo la opinione contraria di Ulpiano, che si appoggia anche all'autorità di Labeone, Nerva, Marcello e Nerazio, l'usufruttuario non può esperimentare l'*actio confessoria utilis* per far valere la servitù stabilita a favore del fondo di cui egli ha l'usufrutto, ma deve intentare la *vindicatio ususfructus* (ULPIAN., fr. 1, pr. *si ususfr. petat.*, VII, 6 e fr. 2, §§ 1 e 2, *si serv. vind.*, VIII, 5), la quale opinione è più razionale, dappoichè l'usufruttuario non è proprietario del fondo dominante; quindi la servitù non compete a lui (*servitutem nemo vindicare potest quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi*). Se egli può esercitarla, è in virtù del suo titolo di usufruttuario e perchè questo titolo lo autorizza a profittare di tutte le qualità vantaggiose del fondo e quindi delle servitù attive. Se trova ostacoli nell'esercizio di una servitù, per farli togliere, deve invocare il titolo che l'autorizza ad esercitare la servitù, e questo titolo è il suo diritto di usufrutto. Vedi il GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro VII (tradotto da FILIPPO SERAFINI), tit. 1, § 626, pag. 71.

L'azione confessoria si dirige contro chiunque impedisca l'esercizio del diritto di servitù, o contesti quel diritto [1].

Lo scopo dell'azione confessoria è di far riconoscere il diritto di servitù, e per conseguenza di far cessare le turbative che il convenuto arreca all'esercizio del medesimo. Accessoriamente serve a fare indennizzare l'attore dei danni sofferti per le turbative, ed in caso di bisogno a fargli ottenere una cauzione ***de non amplius turbando*** [2].

Azione (confessoria) publiciana. — L'azione confessoria è data come publiciana a chi ha il possesso di buona fede del fondo a cui favore è stata costituita la servitù, a chi non ha peranco compìto l'acquisto della servitù per lungo uso, a chi ha acquistato in buona fede la servitù da un non proprietario, o da un proprietario con atto irregolare di costituzione, e finalmente può competere anche a chi ha bensì acquistato il diritto di servitù ma preferisce la prova più facile della publiciana [3].

Azioni possessorie. — A tutela del possesso delle servitù personali, l'esercizio delle quali va congiunto colla detenzione della cosa, si applicano per analogia gli interdetti possessorii che servono a tutelare il possesso delle cose corporali, cioè gl'interdetti ***uti possidetis, unde vi*** e ***de precario*** [4].

Per alcune servitù prediali esistono appositi interdetti, cioè l'interdetto *de itinere actuque privato*, accordato a chi ha esercitato in modo non vizioso almeno durante trenta giorni dell'ultimo anno la servitù di passo [5]: gli interdetti *de aqua quotidiana et aestiva*, accordati a chi ha acquistato in buona fede e senza vizio (*nec vi, nec clam, nec precario*) l'uso di valersi dell'acqua altrui, o tutto l'anno o nella state [6]: l'interdetto *de rivis*

L'opinione contraria di Giuliano è accettata dal WINDSCHEID, *Pandekten*, I. § 217. *nota* 6. Nel resto il risultato pratico di queste due azioni è affatto identico (ULPIAN., **fr. 1, pr.** e **fr. 5, § 1,**, ***si ususfr. pet.,*** VII, 6).

[1] ULPIAN., **fr. 4, § 5,** e **fr. 10, § 1,** ***si serv. vind.,*** VIII, 5.

[2] Id., **fr. 4 §§ 2-3** e **fr. 6, § 6,** e PAUL., **fr. 7,** ***eod.***

[3] Id., **fr. 11. § 1,** ***de publ.,*** VI, 2, e **fr. 1, § 2,** ***de s. p. r.,*** VIII, 3.

[4] Fr. 4, *uti poss.*, XLIII. 17; fr. 3, §§ 13-17; fr. 9, § 1; fr. 10, *de vi*, XLIII. 16; fr. 12, § 2, *de usufr.*, VII. 1, e fr. 2, *ne prec.*, XLIII. 26.

[5] Tit. Dig., ***de itin. act. priv.,*** XLIII, 19.

[6] Tit. Dig., ***de aqua quot. et aestiva*** XLIII. 20.

per mantenere il possesso di un condotto di acqua e per poter riparare e restaurare i condotti dell'acqua [1]; l'interdetto *de fonte,* per difendere l'esercizio del diritto di attingere acqua all'altrui fonte, *et de fonte reficiendo* per poter restaurare il fonte [2]; e l'interdetto *de cloacis (privatis),* per poter ripulire la cloaca [3].

Il possesso di quelle servitù prediali l'esercizio delle quali consiste nell'avere il godimento di un certo stato di cose, come è di regola il possesso delle servitù urbane affermative e garantito dall'interdetto *uti possidetis* [4].

Il diritto comune, seguendo i principii delle leggi canoniche, accordava le azioni possessorie per tutelare il possesso di qualunque specie di servitù [5].

CAPO IV.

Enfiteusi e superficie.

§ 86.

Cenni storici sull'enfiteusi avanti Giustiniano [6].

L'enfiteusi, quale ci si presenta nel diritto giustinianeo, differisce per l'origine e per la sostanza dai rapporti giuridici ana-

---

[1] Tit. Dig., *de rivis,* XLIII, 21, 21.

[2] Tit. Dig., *de fonte,* XLIII, 22.

[3] Tit. Dig., *de cloacis,* XLIII, 23.

[4] Fr. 8, § 5, *si serv. vind.,* VIII, 5; fr. 3, §§ 5-7, *uti poss.,* XLIII, 17.

[5] Ciò vale, in massima, anche pel Codice civile (art. 685 e 694), con la limitazione però, che le servitù non apparenti e discontinue non ammettono l'azione possessoria di manutenzione (art. 630).

[6] Vedi l'accuratissimo lovoro del professore Elia Lattes, *Studii storici sopra il contratto di enfiteusi nelle sue relazioni col colonato.* Torino 1868. Egli segue in proposito l'opinione dominante, che è quella accennata nel testo. Notevole è il parallelo che egli stabilisce tra lo svolgimento storico dell'enfitensi, degli *agri vectigales* e del colonato (contratto di perpetua locazione, contratto di perpetua coltura). Il suo concetto ha molta parte di vero. Vedi anche sui punti di contratto e di differenza fra i due istituti: Segrè, *Studio sul colonato romano,* nell'*Archivio giurid.,* XLIII, 467; XLIII; 150; XLIV, 36. Un importante lavoro economico-giuridico è quello del Simoncelli, nell'*Ar-*

loghi che si trovavano nell'età classica, nè il diritto, che ne risulta, fu sempre considerato come un diritto reale.

La prima forma di quel rapporto giuridico fu la locazione degli *agri vectigales* che erano in generale le terre soggette ad una corresponsione *(vectigal)* pagabile allo Stato o al comune o ad una corporazione religiosa. Vi appartenevano: gli *agri vectigales* della città, i fondi appartenenti ai collegi dei *sacerdotes* e delle *virgines vestales*, dati in affitto perpetuo ai privati e l'*ager publicus populi romani*, un tempo conceduto in possesso ai cittadini verso un correspettivo *(decuma scriptura)* [1].

I possessori degli *agri vectigales* erano tutelati nel loro possesso con un interdetto proibitorio [2], ed il rapporto giuridico, che sorgeva dalla locazione dei medesimi, era regolato dall'azione contrattuale. Ma l'uso sempre più invalso di costituire locazioni perpetue con diritto di alienare e trasmettere i fondi per successione universale indusse il pretore ad accordare a quei possessori finchè adempiessero alla loro obbligazione, una tutela più efficace, cioè un' *utilis in rem actio*, secondo ogni probabilità, *in captum concepta*, detta anche *actio vectigalis* [3].

---

chivio giuridico, XL, 285. Lo stesso SIMONCELLI ha pubblicato un altro lavoro molto importante sulle condizioni giuridiche dell'enfiteusi nell'*Arch. giur.*, XL, 429, e XLI, 3, e nel trattato di diritto civile italiano del FIORE [SIMONCELLI V., *L'enfiteusi*, Napoli 1910]. Vedi anche DE PIRRO, *L'enfiteusi*, Lanciano 1892, e SEGRÈ, nel *Commentario alle Pandette* del GLÜCK, libro VI, tit. 3, pag. 402 e seg.; PERNICE, *Parerga*, in *Zeitschrift d. Sav.-Stift.*, (Röm. Abth.), V, 84 e seg.; MITTEIS, *Zur Geschichte der Erbpacht in Alterthum* (in *Abh. der Sachs. Ak.*, 1903), e *Amherst Papyri* (*Zeit. Sav.-Stift.*, 1901, p. 151); BRUNNER, *Die Erbpacht* (in *Zeit. Sav. Stift. für Rechtsgeschichte; Germanische Abtheilung*, 1884; ROSTOWZEW, *Zur Geschichte des römisches kolonates*, Berlin 1910; BAVIERA, *Scritti giuridici* (1909), pag. 189 e seg.

[1] FESTUS, v. *Vectigal* e *Scripturarius ager*. Fr. 1, pr. *h. t.*, VI, 3.

[2] ULPIANUS, fr. 1, *de loco publ. fruend.*, XLIII, 9.

[3] Fr. 1, § 1; fr. 2 e 3, *si ag. vect.*, VI, 3. Di qui si cominciò a considerare l'*ius in agro vectigali* come *ius in re*; e da qui sorse la questione se, avendo esteso fino a tal punto il diritto del conduttore, non si avesse piuttosto una vendita che una locazione. GAI., III, 145; fr. 1, § 1, *si ag. vect.*, VI, 3; fr. 71, §§ 5 e 6, *de legatis*, 1, [30]. La più recente menzione degli *agri vectigales* si ha nella Const. 13, *de praed. et al. reb. min.*, V, 71. Scoperte di iscrizioni e studi recenti sull'amministrazione dei grandi dominii

Accanto alla locazioni degli *agri vectigales* e indipendentemente da essa sorse nei dominii dell'erario e del principe l'istituto dell'*enfiteusi*, il cui nome, che diventò poi generale, ci rivela come avesse origine nelle provincie grecoloquenti [1]. La enfiteusi non fu forse dapprima se non la semplice concessione del diritto di coltivare e piantare nelle terre fiscali incolte [2]. Essa divenne nondimeno ben presto una vera e propria locazione, analoga a quella degli *agri vectigales*, di terre non già incolte, ma meno coltivate, verso un corrispettivo determinato (che chiamavasi ordinariamente *canon* o *pensio*); ma il suo scopo economico non fu tanto la conservazione delle terre, come era nelle locazioni ordinarie, quanto il loro miglioramento. Dalle terre fiscali si estese a quelle dei municipii, dei collegi sacri, delle persone private, ed anche gli enfiteuti godettero della libera trasmissibilità per successione e pare anche per donazione, *salva lege*

---

imperiali d'Africa, hanno notevolmente accresciuto il materiale storico su questo argomento. Tali sono le iscrizioni di Souk e Kmis (Mommsen, in *Hermes*, XV, 385 e 478), la *lex Adriana de rudibus agris*, iscrizione di Ain Ouassel (in *Hermes*, XXIX, 215), e la *lex Maneiana*, iscrizione di Henchir Mettich (*Nouvelle Revue hist.*, XXI, 373); e gli studi di R. His, *Die Domänen der röm. Kaiserzeit*, Leipzig 1896; di A. Schulten, *Die röm. Grundherrschaften*, Weimar 1896; di E. Cuq, *Le colonat partiaire dans l'Afrique romaine*, Paris 1897; e le belle illustrazioni sull'argomento di Beaudoin, *Les grands domaines dans l'empire romain*, nella *Nouv. Revue hist.*, XXV, 1897, e XXII, 1898.

[1] Lattes, *op. cit.*, pag. 45. In Grecia l'enfiteusi era conosciuta fin da un tempo antichissimo. Si veda Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, Paris 1886, III, 309-317; IV, 198-203.

[2] Cfr. l'*ius implantandi* del fr. 3, § 4, *de reb. eor. qui sub. tut.*, XXVII, 9 (di Ulpiano). Questo testo è il primo che parli di un *ius* ἐμφυτευτικόν e di un *ius* ἐμβατευτικόν; il secondo testo in ordine di tempo, è la Const. 13, *de praed. et al. reb. min.*, V, 71, di Diocleziano, quella stessa che contiene l'ultima menzione degli *agri vectigales*, sebbene si levi ora qualche dubbio di interpolazione delle parole *sive emphyteuticum*. Menzione sicura dell'enfiteusi nei testi giuridici romani si ha in una costituzione di Costantino dell'anno 315 (*Cod. Theod.*, XI, 62, 1). Ma anteriormente a questi ricordi, le iscrizioni africane succitate parlano fin dal II e III secolo di una condizione giuridica che è tutta simile all'enfiteusi. Cfr. Beaudoin, nella *Nouv. Revue histor.*, XXXII, 556 e seg.

fisci [1]. Nella legislazione finalmente, che andò regolando il rapporto giuridico nascente dall' enfiteusi *(ius emphyteuticum)*, è da notarsi la costituzione di Zenone, che tagliò la questione sempre viva fra i giureconsulti sulla natura del diritto enfiteuticario [2].

Nel diritto giustinianeo non esiste più che l'enfiteusi, a cui furono applicati, fin dove lo comportava la sua speciale natura, i principii che avevano avuto vigore per l' istituto, ormai tramontato degli *agri vectigales* [3].

§ 87.

Dell' enfiteusi nel diritto giustinianeo.

Nozione. — L' enfiteusi è quel diritto reale, alienabile e trasmissibile agli eredi sopra una cosa immobile altrui, in forza del quale se ne ha il pieno godimento consistente nella facoltà di godere nel modo più ampio possibile della cosa, coll'obbligo di non deteriorarla e di pagare un canone annuo al proprietario della medesima. Chi ha questo diritto chiamasi enfiteuta *(emphyteuta, emphyteuticarius)* il proprietario dicesi *dominus emphyteuseos* e la cosa *fundus emphyteuticus* o *emphyteuticarius*.

Diritti ed azioni dell' enfiteuta. — L' enfiteuta ha diritto di usare e di godere della cosa e delle sue accessioni nel modo più ampio possibile senz' essere vincolato dai limiti, che sono

---

[1] LAFFES, *op. cit.*, pag. 50 e seg. L'enfiteusi come locazione per la diretta coltura prese estensione nel terzo e nel quarto secolo, quando si abbandonò il sistema degli appalti.

[2] C. 1, *de iure emphyt.*, IV, 66; § 3, Inst., *de locat. et cond.*, III, 24. Si disputava sulla natura del rapporto, concependosi da alcuni come *locatio* degli *agri vectigales*, da altri come una *venditio*. L'Imperatore Zenone colla costituzione citata stabilì che avesse una figura giuridica propria (*conceptionem definitionemque habere propriam*).

[3] Perciò i primi due frammenti che s'incontrano nel Digesto, riguardanti in origine gli *agri vectigales*, furono interpolati dai compilatori: essi sono il fr. 15, § 1, *qui satisd. cog.*, II, 8 (MACER): « ...*sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet* » e la rubrica del libro VI, tit. 3, *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*. Nei passi successivi l'alterazione del testo fu ritenuta inutile.

imposti all' usufruttuario [1]; egli può fare quindi sulla cosa tutti i cambiamenti che reputi utili e necessari, purchè non la deteriori [2], ed acquista la proprietà dei frutti naturali, tostochè sono separati [3]. Può alienare il suo diritto, può trasmetterlo per atti di ultima volontà, può pignorarlo e sottoporre la cosa a servitù per tutta la durata dell' enfiteusi [4]. A tutela del suo diritto egli ha un' azione reale, analoga a quella che spetta al proprietario *(utilis rei petitio,* detta anche *actio rectigalis)* contro chiunque lo privi del possesso della cosa [5]. Egli ha altresì l' *actio nega-*

---

[1] § 3, Inst., *de loc. cond.*, III, 24; Ulpianus, fr. 1, § 1, *si ager rect. pet.*, VI, 3. Cod. civ., art. 1555 e 1561. Quest' ultimo articolo accorda inoltre all' enfiteuta gli stessi diritti che avrebbe il proprietario quanto al tesoro che si scopra nel fondo enfiteutico, mentre per diritto romano l' enfiteuta, come tale, non ha alcun diritto sul tesoro e solo può acquistarne una metà come inventore (Ulpian., fr. 1, *de loco publ. fruendo*, XLIII, 9; § 39, Inst., *de rer. div.*, X, 1).

[2] Nov. 7, c. 3, § 2 e Nov. 120, c. 6.

[3] Julian., fr. 25, § 1, *de usur.*, XXX, 1. Vedi sopra § 72.

[4] § 3, Inst., *de locat.*, III, 24; Ulpian., fr. 71, §§ 5-6 e fr. 39, § 5, *de legatis*, I, [30]; Paulus, fr. 16, § 2, *de pign. act.*, XLIII, 7; Marcianus, fr. 13, § 3 e Scaevola, fr. 31, *de pign.*, XX, 1; Codice civile, art. 1562. Ma trasmettendo il suo diritto, l' enfiteuta trasmette al successore singolare anche l' onere del canone insieme all' obbligo del pagamento degli arretrati. Fr. 7 pr., *de publ. et vectig.*, XXXIX, 4 (Papirius Justus): *Imperatoris Antoninus et Verus rescripserunt, in rectigalibus ipsa praedia, non personas, conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere, eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros.* Non fa ostacolo il fr. 39, § 5, *de legatis*, I, che certamente parla del *rectigal* enfiteutico, ma non nega che sia il legatario quello tenuto a pagamento al creditore, bensì dice che l' erede dovrà in ogni modo risarcirlo. Tanto meno contraddice al principio la Const. 2, § 2, *de fund. r. priv.*, VI, 66, che si riferisce ad alienazioni per parte del fisco, non dell' enfiteuta. In senso contrario scrisse le due note Semeraro, nel *Foro it.*, XII, 807, e XIII, 351. Pel nostro Codice l' enfiteuta può inoltre redimere o affrancare il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale corrispondente all' annuo canone sulla base dell' interesse legale (art. 1564), e, per la legge 24 gennaio 1864, mediante la corresponsione di tanta rendita pubblica quanto è l' ammontare del canone, se esso è dovuto a corpi morali.

[5] Ulpianus, fr. 1, § 1 e fr. 2, *si ager vect.*, VI, 3 e fr. 13, § 27, *de damn. inf.*, XXXIX, 2: Papinianus, fr. 66, pr., *de evict.*, XXI, 2.

toria utilis contro chi si arroga servitù o altri diritti reali sulla cosa e l' *actio confessoria utilis* per far valere le servitù costituite a favore del fondo enfiteutico [1]. Chi ha acquistato l'enfiteusi in buona fede da un non proprietario può valersi dell' azione publiciana [2]. L' enfiteuta ha inoltre le azioni possessorie per tutelare il suo possesso [3].

Obblighi dell' enfiteuta. — L' enfiteuta è obbligato a mantenere il fondo enfiteutico in buono stato, a soddisfare le imposte e tutti gli altri pesi che gravano su quello [4], ed a pagare al proprietario l' annuo canone, senza che possa esigere una diminuzione per cattive raccolte o per un deperimento parziale del fondo enfiteutico [5]. Siffato canone può essere fissato in danaro o in natura, cioè in una quantità di frutti naturali del fondo [6]. L' enfiteuta che vuole alienare il suo diritto di enfiteusi, deve ottenere il permesso del proprietario; il quale ha il diritto di essere preferito a chiunque altro nella compra dell' enfiteusi: e perciò l' enfiteuta deve notificargli la sua volontà di vendere e le relative condizioni, ed egli può usare del suo diritto di pre-

---

[1] JULIANUS, fr. *de serv.*, VIII, 1. Può altresì acquistare servitù in favore del fondo enfiteutico e costituirne su di esso a favore di altri, entro i limiti del proprio diritto.

[2] PAUL., fr. 12, § 2, *de publ. act.*, VI, 2. Vedi GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. VI, pag. 256 e seg., 327 e seg.

[3] PAUL., fr. 23, § 1, *de aq. pluv.*, XXXIX, 3. e fr. 5, § 3, *arb. furt. caes.*, XLVII. Anche pel Cod. civ. l' enfiteuta ha diritto alle azioni possessorie come qualunque altro possessore legittimo.

[4] Const. 2, *de iure emph.*, IV, 66; Nov. 7, cap. 3, § 2; Nov. 120, cap. 8. Cod. civ., art. 1556 e 1558. Il diritto romano non concede all' enfiteuta il diritto di chiedere un compenso per le migliorie, quando venga privato dell' enfiteusi a titolo di pena; il Cod. civile italiano invece glielo accorda in ogni caso, benchè in varia misura (art. 1566).

[5] Const. 1, *de iure emph.*, IV, 66; § 3, Inst., *de loc.*, III, 24. Cod. civ., art. 1550. Si noti che il proprietario per gli arretrati del canone è preferito al creditore cui fosse stato dato in pegno dall' enfiteuta il fondo enfiteutico. PAULUS, fr. 16, § 2; MARCIANUS, fr. 17, *de pign. act.*, XIII, 7; PAUL., fr. 15, *qui potior. in pign.*, XX, 4.

[6] Const. 21, *de loc.*, IV, 65; Cod. civ., art. 1556.

lazione durante due mesi [1]. Se decorso questo tempo il proprietario non è risoluto a comprare, nè approvare l'alienazione voluta dall'enfiteuta, questi può compierla senza il consenso del proprietario. Alienando il suo diritto, l'enfiteuta, è obbligato a pagare al proprietario la quinquagesima *(laudemio)* [2], cioè il 2% del prezzo o del valore dell'enfiteusi [3]. I diritti e gli obblighi dell'enfiteuta possono venire modificati nei singoli casi, cioè più o meno estesi o limitati, ma il pagamento di un canone è requisito essenziale per l'esistenza del diritto di enfiteusi. Considerando la estensione e l'importanza dei diritti che competono all'enfiteuta, il quale come abbiamo veduto, gode del fondo enfiteutico nel modo più ampio possibile, ed ha una *vindicatio utilis*, analoga alla *rei vindicatio* che spetta al proprietario, i glossatori, e poi in generale tutti i pratici ritennero l'enfiteusi quale una specie di dominio, cui diedero il nome di *dominio utile*, in contrapposto al *dominio diretto* del proprietario; ma la nomenclatura non meno che il concetto sono contrari alla essenza del diritto di proprietà ed estranei al diritto romano, che nell'enfiteusi riconobbe costantemente un *ius in re aliena* [4]. Secondo l'opinione di un dotto scrittore, le *meliorationes* assumono nell'enfiteusi giustinianea una speciale figura. Giustiniano non le avrebbe trattate come un semplice caso di accessione, ma riconosciuto in esse tutto il contenuto di un dominio di fatto spettante all'enfiteuta, di fronte al formale dominio di diritto appartenente al *dominus fundi emphiteutici* in forza del principio stretto dell'accessione [5].

---

[1] Const. 3, *de iure emph.*, IV, 63. Il Cod. civ. italiano, mentre non dà al concedente alcun diritto di preferenza, non impone nemmeno all'enfiteuta l'obbligo di siffatta notificazione.

[2] Pel Cod. civ. non è dovuto alcun laudemio, ma il concedente può, ogni ventinove anni, chiedere la ricognizione del proprio diritto del possessore del fondo enfiteutico (art. 1562 e 1563).

[3] Questa disposizione è ignota al nostro Codice civile.

[4] Ulpian., fr. 71, §§ 5 e 6, *de legatis*, I [30], e fr. 29, pr. *quib. mod. ususfr.*, VII, 4; Paul., fr. 1, *si ager vect.*, VI, 3.

[5] Questo concetto è svolto molto bene dal Simoncelli, nell'*Archivio giur.*, XL, 429. Contro il Simoncelli si è pronunciato il Segrè, nel *Commentario alle Pandette* del Glück, libro VI, tit. 3, § 602, nota *l*.

§ 88.

Costituzione dell' enfiteusi.

L'enfiteusi si può costituire per convenzione, per disposizione d'ultima volontà, per usucapione e finalmente per disposizione dell' autorità giudiziaria.

Convenzione. — La convenzione, con la quale si costituisce la enfiteusi, chiamasi contratto enfiteuticario, che non è nè vendita nè locazione, ma un contratto regolato da norme particolari, come decise l'imperatore Zenone con apposita costituzione [1]. Anche il contratto enfiteuticario non abbisogna della susseguente consegna, affinchè sorga il diritto. Da esso nasce anzitutto un'azione personale per ambedue i contraenti, e poi un'azione reale *(rectigalis in rem actio)* a favore dell'enfiteuta [2]. Per le enfiteusi ecclesiastiche si richiede la scrittura [3].

Disposizione d' ultima volontà. — Il proprietario può lasciare a titolo di legato un' enfiteusi sopra un proprio fondo, senza che si richieda un contratto fra l'erede e il legatario.

Usucapione. — Per usucapione si può acquistare l'enfiteusi sia che non ne esista ancora alcuna sulla cosa, sia usucapendo il diritto di enfiteusi già esistente sulla cosa a favore di un altro. Si ha il primo caso, ad esempio, quando taluno acquista da un non proprietario, e perciò invalidamente, ma in

---

[1] Const. 1, *de iure emphyt.*, IV, 66: § 3, Inst., *de locat.*, III, 24. Veramente nel Codice civile non trovasi fatta esplicita menzione di altro modo di costituire l'enfiteusi eccetto che per contratto enfiteuticario: ma non v'ha ragione plausibile per escludere che anche per atto d'ultima volontà, per donazione, o per usucapione essa possa costituirsi.

[2] PAUL., fr. 1, § 1, *si ager vect.*, VI, 3: *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes.* È superfluo avvertire che al proprietario rimane salva la *rei vindicatio* contro i terzi.

[3] Nov. 120, cap. 6, § 2. Per le altre enfiteusi la scrittura non è richiesta che per quei patti che derogano alle norme generali del rapporto enfiteuticario (Const. 1, *de iur emphyt.*, IV, 66).

buona fede, il diritto di enfiteusi e lo esercita di fatto per il tempo necessario all'usucapione [1]. Si avrebbe invece il secondo quando taluno avendo cominciato ad esercitare di fatto, in buona fede, il diritto di enfiteusi su quel fondo, che era stato costituito a favore di un altro, continuasse a trattare la cosa ed a comportarsi verso il proprietario o concedente da enfiteuta per il tempo necessario alla usucapione.

Nel primo caso l'acquisto per usucapione si compie, per così dire, a danno del proprietario del fondo, nel secondo a danno del precedente enfiteuta, senza però che possa dirsi, come alcuni scrittori pretesero, che si abbia un trasferimento d'enfiteusi per prescrizione; poichè il diritto del secondo enfiteuta sorge soltanto in quanto quella del primo si estingue come avviene nell'acquisto per usucapione della proprietà. Sicchè in ambedue i casi l'enfiteusi, del cui acquisto si tratta, sorge ugualmente *ex novo*, indipendentemente dal preesistere o meno di un uguale rapporto, sebbene nel secondo caso di solito avvenga, per ragioni facili ad intendere, che il rapporto nuovo, il diritto d'enfiteusi che si acquista, sia uguale al precedente [2].

Disposizione del giudice. — È bensì difficile, per non dire

---

[1] Quanto all'acquisto per prescrizione del diritto al canone (dominio diretto), vedi la Cass. di Roma, 14 novembre 1891 (*La legge*, 1892, I, 361), e la Cassaz. di Firenze, 24 maggio 1888 (*ivi*, 1888, II, 330). E sulla prescrittibilità del canone, cf. Cass. Napoli 30 maggio 1911 (*Dtr. e Giur.*, XXVI, 735); Cass. Napoli 3 giugno 1911 (*Mov. Giur.*, 1911, 200).

[2] Molti autori negano la possibilità dell'usucapione dell'enfiteusi, ed alcuni ammettono l'usucapione straordinaria dei 30 o 40 anni, ma non l'ordinaria dei 10 anni, in base al fr. 12, § 2, *de publ.*, VI, 2; ma questo passo non parla dell'*ius vectigale* (cioè enfiteutico), parla invece del *proedium vectigale*, ed enuncia una regola novissima, in quanto la esclusione della *usucapio* pei fondi dello Stato rimase fino all'ultimo come tenace vestigio del dominio del popolo romano. Del resto, l'usucapione è stata ammessa non solo per la proprietà, ma anche per le servitù (sebbene la legge Scribonia avesse abolito l'antica *usucapio servitutum*), e quindi non si sa capire perchè non debbasi far lo stesso per l'enfiteusi, che è un istituto giuridico intermedio fra la proprietà e la servitù, molto analogo all'usufrutto. Cfr. anche la Const. 14, *de fund. patr.*, XI, 62. Che poi il diritto di enfiteusi possa usucapirsi in dieci anni pel Codice civile italiano, risulta dagli articoli 415, 682 e 2137.

impossibile, che il giudice si vegga indotto ad aggiudicare ad una delle parti un diritto di enfiteusi in un giudizio divisorio ma può verificarsi benissimo il caso che, dopo avere riconosciuto con sentenza l'esistenza dell'obbligazione del convenuto di costituire un'enfiteusi, dia esecuzione alla propria sentenza e dichiari costituita l'enfiteusi che il condannato si è rifiutato di costituire. In questo caso l'enfiteusi è costituita per sentenza del giudice.

Avvertiamo infine che un'enfiteusi già esistente può essere trasferita in altri, sia per volontà dell'enfiteuta *mortis causa* [1] e *inter vivos* [2] sia per sentenza del giudice [3].

§ 89.

Estinzione dell'enfiteusi.

L'enfiteusi si estingue in primo luogo in tutti quei modi coi quali hanno termine tutti gli altri *iura in re aliena*, cioè per la totale distruzione del fondo [4], per confusione o consolidazione, per l'adempimento della condizione risolutiva e per lo spirare del termine [5], nonchè per reciproco consenso dell'enfiteuta e del

---

[1] ULPIANUS, fr. 71, § 6. *de legatis*, I [30]: Cod. civ., art. 1562.

[2] È controverso se per la trasmissione dell'enfiteusi con atti *inter vivos* sia necessaria la tradizione. L'opinione prevalente è per l'affermativa, argomentando dal fr. 12, § 2, *de plub. act.*, VI, 2, che la richiede per l'esercizio della Pubbliciana: dai §§ 1, 7, *de superfic.*, XLIII, 18 (« *sed et tradi posse, intelligendum est* ») e dell'analogia di quanto è stabilito pel trasferimento della proprietà. Di quest'opinione è anche il WINDSCHEID, *Pandekten*, I, 221, sebbene egli creda sufficiente il contratto quando si tratti di costituire l'enfiteusi. Fra quelli che ritengono necessaria la tradizione non solo per trasferire, ma anche per costituire la enfiteusi, noteremo i seguenti: VINNIO, ad § 3, Inst., *de locat.*, III, 24; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro VI, tit. 3, § 608 (pag. 506 dell'ediz. italiana); MÜHLENBRUCH, *Doctor. Pandect.*, II, § 297; DERNBURG, *Pandekten*, I, § 260, nota 5. Il Cod. civ. richiede la trascrizione (art. 1932 combinato cogli art. 415, 1556, 1562, 1952 e 1942).

[3] Fr. 7, pr. *comm. div.*, X, 3; fr. 10, *fam. erc.*, X, 2; fr. 15, § 26, *de damno infecto*, XXXIX, 2.

[4] Const. 1, in fine, *de iure emphyt.*, IV, 66; Cod. civ., art. 1560.

[5] PAULUS, fr. 2, *si ager vect.*, VI, 3. Il Codice civile accorda inoltre il diritto dell'affrancazione (art. 1564).

proprietario [1]. Modi speciali della sua estinzione sono la prescrizione, la decadenza e la morte dell'enfiteuta senza successori.

Prescrizione. — Perchè l'enfiteusi si estingua per prescrizione non basta il semplice non uso per parte dell'enfiteuta, ma si richiede l'*usucapio libertatis*. Il proprietario, cioè, deve possedere, durante il tempo ordinario, il fondo come libero dal diritto enfiteutico. Del pari è conforme ai principii già posti che l'enfiteusi si estingua col decorso del tempo, quando l'enfiteuta stesso o il suo possessore acquistino per usucapione la proprietà del fondo ad essa soggetto, non meno che quando un estraneo usucapisca il fondo nel tempo stesso contro il proprietario e contro l'enfiteuta.

Decadenza. — L'enfiteuta è privato del suo diritto a titolo di pena nei casi seguenti: quando deteriori il fondo [2], quando per tre anni sia moroso al pagamento del canone o delle pubbliche imposizioni e per due anni nelle enfiteusi ecclesiastiche [3] e quando finalmente nell'alienare il suo diritto non adempia agli obblighi accennati di sopra [4].

In questi casi l'enfiteuta decade *ipso iure* del suo diritto; ma il proprietario può anche rinunziare a servirsi del diritto

---

[1] Const. 3, *de iure emphyt.*, IV, 66, combin. con la Const. 5, *de oblig. et act.*, IV, 10. Di regola non basterebbe una semplice rinuncia dell'enfiteuta a causa della natura bilaterale del contratto enfiteutico (Const. 3, *de fund. patrim.*, XI, 62 [61]); ma l'opinione contraria è sostenuta da moltissimi. Vedi Glück, *Commentario alle Pandette*, libro VI, tit. 3, § 616, e gli autori ivi citati. Pel Codice civile l'enfiteuta può rinunziarvi quando sia perita una parte notabile del fondo, sebbene la rendita della parte restante sia sufficiente a pagare interamente il canone (ar. 1560). Non è però impedito alle parti di convenire la rinunzia al diritto di chiedere la riduzione del canone pel caso di perdita di parte notevole del fondo: Cassazione di Napoli, 4 febbr. 1895 (*Gazzetta del Proc.*, 1895, pag. 579).

[2] Nov. 120, cap. 8. Questa legge parla delle sole enfiteusi ecclesiastiche, ma per analogia delle regole della locazione il deterioramento dovrebbe esser causa di estinzione anche nelle enfiteusi laiche (c. 3, *de locato et cond.*, IV, 65). Naturalmente le deteriorazioni di una parte del fondo si compensano coi miglioramenti fatti in altre parti.

[3] C. 2, *de iure emphyt.*, IV, 66; Nov. 7, c. 3, § 2; Nov. 120, c. 8.

[4] C. 3, *de iure emphyt.*, IV, 66.

di far dichiarare la decadenza, nel qual caso s' intende che l'enfiteusi non sia mai cessata [1].

È da osservarsi per ultimo che l'enfiteusi si estingue quando l'enfiteuta muoia senza successori e senza aver disposto in altro modo del suo diritto.

§ 90.

Del diritto di superficie [2]

CENNI STORICI SUL DIRITTO DI SUPERFICIE. — Anche il diritto di superficie, al pari di quello d' enfiteusi, non fu considerato dapprima come un diritto reale. La sua origine deve ricercarsi nelle concessioni fatte dallo Stato a singoli cittadini di fabbricare sopra il suolo pubblico non meno che nello svolgimento chè prese la città di Roma sul finire della repubblica e che face sorgere la necessità di numerose e vaste abitazioni. Con tutta probabilità i pochi proprietari del suolo della città di Roma (Stato, collegi sacri, ricchi privati) accordarono a speculatori il permesso di fabbricare contro pagamento di un annuo canone *(solarium)* quelle case dette *insulae*, che essi poi affittavano ai singoli abitanti. Delle prime concessioni, che abbiamo accennato, possediamo due monumenti che riguardano la costruzione di edifizi sul suolo pubblico [3].

I modi del resto di acquistare un diritto di superficie erano più e diversi. Esso acquistavasi sia mediante una concessione ottenuta di fabbricare sopra il terreno altrui, sia mediante una compra limitata alla fabbrica *(superficies)* senza il suolo, sia

---

[1] Vedi SEGRÈ, *Dell' azione di caducità promossa contro l' enfiteuta*, negli *Studi giuridici per il XXXV anno d' insegnamento di Filippo Serafini*. Firenze 1892, pag. 305.

[2] DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, Berlin 1867; WAECHTER, *Superficiar-oder Platzrecht*, Leipzig 1868, e su di essi FILIPPO SERAFINI, nell' *Archivio giur.*, II, 415; [GABBA, *Della superficie nel diritto italiano*, nelle *Questioni di diritto civile*, I, 2ª ediz., Torino 1909, pag. 133 e seg.; COVIELLO, nell' *Archivio giur.*, XLIX, 3; LUCCI, *ivi*, LII, 251].

[3] BRUNS, *Fontes*, 7ª ediz., pag. 345: ... *ei permissum sit aedificare pecunia sua, praestaturus solarium, sicut caeteri.*

finalmente mediante la conduzione a lungo termine o in perpetuo di un edificio o anche di un solo piano del medesimo. Nemmeno nei primi due casi l'acquirente ed il concessionario potevano acquistare la proprietà dell'edifizio, poichè essa si riteneva inseparabile da quella del suolo [1]. Concedevasi perciò il diritto di superficie contro il pagamento di un *solarium* [2], e per diritto civile non sorgeva da quei rapporti giuridici se non un diritto di obbligazione. Il pretore però accordò a tutela di quel diritto un *interdictum de superficie* analogo a quello *uti possidetis*, e finalmente un'*utilis in rem actio (in factum concepta)* analoga all'azione di proprietà, che però il pretore si riservava di accordare *causa cognita* [3]. Da questo tempo in poi il diritto di superficie fu considerato come un diritto reale, alienabile e trasmissibile agli eredi.

Dalle premesse nozioni storiche risulta il vero concetto del diritto di superficie, che può definirsi: un diritto reale alienabile e trasmissibile agli eredi, in virtù del quale si ha in perpetuo, o almeno per lungo tempo, il pieno e illimitato godimento di tutta o di parte determinata della superficie di una cosa immobile altrui.

Diritti ed azioni del superficiario. — Il superficiario ha diritto di godere pienamente dell'edificio [4]; può trasmettere il suo diritto ai proprii eredi sia testamentari, che legittimi; può lasciarlo a titolo di legato; può disporne per atto tra vivi

---

[1] Gaius, fr. 2, *de superf.*, XLIII, 18: *Superficiarias aedes appellamus, quae in* conducto solo *positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.*

[2] Paulus, fr. 15, *qui pot.*, XX, 24; Ulpianus, fr. 2, § 17, *ne quid in loco publ.*, XLIII, 8: *solarium ex eo, quod pro solo pendatur.*

[3] Ulpianus, fr. 1, pr. e § 3, *de superfic.*, XLIII, 18.

[4] Egli può disporre anche della sostanza della cosa (senza le limitazioni imposte all'enfiteuta) specialmente quando ha costruito la superficie con materiali proprii, o ne ha pagato il prezzo, o la superficie gli venne legata o donata senza alcuna limitazione. Tuttavia può darsi che anche in tali casi gli sieno imposti dei limiti derivanti dalle condizioni particolari e dalle qualità stesse della cosa, come, per esempio, quando il diritto di superficie è circoscritto al piano di una casa, o ad una cantina; ed altre limitazioni possono altresì derivare dall'atto di costituzione.

alienandolo con o senza compenso; può anche ipotecarlo e sottoporlo ad altri vincoli, i quali durano tanto quanto il diritto di superficie [1]. A tutela del suo diritto, il superficiario ha una *utilis rei vindicatio*, così pure la *negatoria* e la *confessoria in rem actio*, e rispettivamente l'azione publiciana; a tutela del possesso del suo diritto egli ha poi, oltre gli interdetti ricuperatori, l'*interdictum de superficiebus*, introdotto ad analogia dell'interdetto *uti possidetis* [2].

Obblighi del superficiario. — Il superficiario ha l'obbligo di pagare tutte le imposizioni che gravano sulla superficie ed un'annua retribuzione *(solarium, pensio)*, semprechè sia stata stabilita [3].

Il concedente, oltre l'azione personale contro il superficiario, ha la *rei vindicatio* e tutte le altre azioni spettanti al proprietario: ma se egli agisse in rivendicazione contro lo stesso superficiario, questi potrebbero opporgli l'*exceptio superficiei* [4].

Costituzione della superficie. — Il diritto di superficie si costituisce per contratto, per legato, per donazione, per disposizione dell'autorità giudiziaria e finalmente per usucapione.

Fra i modi di costituzione del diritto di superficie primeggia il contratto. Nella maggior parte dei casi la concessione ha luogo dietro corresponsione di un canone annuo, ma ciò non è affatto necessario potendosi costituire il diritto di superficie anche mediante contratto di compra e vendita contro il pagamento di una somma fissa e senz'obbligo ulteriore del pagamento dell'annua corresponsione [5]. Per la costituzione del diritto reale di superficie basta il semplice contratto, e non occorre la quasi tradizione [6].

---

[1] Ulpianus, fr. 1, §§ 6-9, *h. t.*, XLIII, 18 e fr. 10, *fam. erc.*, X, 2; Paulus, fr. 16, § 2, *de pign. act.*, XIII, 7, e fr. 15, *qui pot.*, XX, 4.

[2] Ulpianus, fr. 1, pr. e §§ 1-6, *h. t.* Cfr. 73-75, VI, 1, e fr. 12, § 3, VI, 2.

[3] Paulus, fr. 74, *d. r. v.*, VI, 1; fr. 15, *qui pot.*, XX, 4.

[4] Ulpianus, fr. 1, § 4, *h. t.*, XLIII, 18, e fr. 3, § 7, *uti poss.*, XLIII, 17.

[5] Id., fr. 1, § 1, *h. t.*, XLIII, 18; Pomponius, fr. 32, *d. i. d.*, XXIII, 3.

[6] Ulpianus, fr. 1, § 3, *h. t.*, XLIII, 18, dove è detto che il pretore accorda *l'actio de superficie*, a chi *non ad modicum tempus superficiem conduxit.*

Quanto all' usucapione del diritto di superficie valgono le osservazioni fatte per quello di enfiteusi [1].

Estinzione del diritto di superficie. — Il diritto di superficie si estingue per le cause medesime per le quali si estingue l' enfiteusi, eccetto i casi di privazione a titolo di pena che non sono applicabili al diritto di superficie. Qualora l' edifizio rovini per caso fortuito, o venga legalmente distrutto in tutto o in parte dal superficiario, i materiali appartengono ad esso superficiario, in tutti quei casi nei quali non sieno imposti limiti al diritto di disporre della sostanza e specialmente quando l' edificio è stato fabbricato da lui con materiali proprii [2]. Rovinando l' edificio, può darsi che, in base all' atto di costituzione di superficie, il superficiario abbia diritto di rifabbricarlo.

Il diritto di superficie è un' istituzione giuridica analoga all' enfiteusi: ma ne differisce principalmente in ciò, che esso cade non già sul suolo, ma sulla superficie [3]; che non ha, come l' enfiteusi, quale condizione essenziale, il pagamento di un annuo canone; e che non si estingue per tutte le cause che estinguono l' enfiteusi. Esso differisce poi dalle servitù, perchè queste sono sempre concesse a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, mentre il diritto di superficie è alienabile per atti tra vivi e trasmissibile in caso di morte, e conferisce inoltre diritti più estesi.

Si disputa oggi fra i civilisti se il diritto di superficie sia come nelle leggi romane, un *ius in re aliena*, o una proprietà speciale per sè stante. La giurisprudenza prevalente è che sia

---

Nè osta il fr. 7, *de superf.*, XLIII, 18 (*sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit*), dappoichè prescindendo che qui si tratta di tradizione di un diritto già costituito, è pur sempre vero che quelle parole parlano soltanto della possibilità d' una tradizione, e non includono già che dessa sia assolutamente necessaria.

[1] Vedi sopra § 88. Il fr. 26, *de usurp.*, XLI, 3, esclude la possibilità dell' usucapione della proprietà dell' edificio senza il terreno, sulla quale è costruito l' edificio, ma non nel diritto di superficie (vedi fr. 23, pr. *de usurp.*, XLI, 3).

[2] C. 2, § 1, *de rei vind.*, III, 32.

[3] Contro Segrè, nel *Foro ital.*, XVI, 367-369.

una proprietà superficiaria [1]. È poi universalmente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza che esso è un diritto reale immobiliare, che non può costituirsi fra vivi che per atto scritto (art. 1315, n. 2) e che l'atto di costituzione non è efficace di fronte ai terzi se non dal giorno della sua trascrizione (art. 1932, num. 2).

CAPO V.

Diritto di pegno o d'ipoteca [2].

§ 91.

Cenni storici sul diritto di pegno.

L'istituto del pegno prima d'arrivare alla forma definitiva, che ci si presenta nel diritto giustinianeo, ha subìto alcune vicissitudini, che è importante di conoscere. Le tre forme diverse per le quali è passato nei diversi periodi del diritto romano, sono quelle della *fiducia*, del *pignus*, dell'*hypoteca*.

Fiducia. — I mezzi, che apparvero in origine più atti ad assicurare con una garanzia reale un rapporto puramente obbligatorio, furono la *mancipatio* e la *in iure cessio* di una cosa al creditore, la quale era appunto destinata a prestar quella garanzia; egli assumeva perciò l'obbligo della *remancipatio*, quando fosse stato soddisfatto in tempo della sua obbligazione. Questa convenzione (la quale del resto si usava anche ad altri fini, come ad esempio, per meglio assicurare un deposito) dicevasi in questo caso *fiducia*, *fiduciam contrahere* [3]: e di qui il nome

---

[1] Vedi l'importante sentenza della Corte di Bologna del 5 agosto 1895 (*Mon. Giur. di Bologna*, IV, 280), confermata dalla Cass. di Roma, 19 dicembre 1896 (ivi, V, 65). Vedi anche: App. Genova, 7 marzo 1910 (*Legge*, 1910, 759).

[2] Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887; Dernburg, *Das Pfandrecht*, 2 vol., Leipzig 1860-1865; Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. I, Torino 1891.

[3] Gai., *Inst.*, II, 60; III, 201.

di *fiducia* al contratto ed allo stesso oggetto del pegno [1]. Al creditore spettava dunque il diritto di vendere l'oggetto, se non era adempiuta l'obbligazione, nè aveva alcun valore il patto contrario *ut fiduciam sibi vendere non liceat* [2]. Il debitore aveva dal canto suo l'*actio fiduciae*, colla quale poteva esigere, offrendo il pagamento, la remancipazione, finchè la cosa non fosse venduta, e, dopo la vendita, il soverchio del prezzo che il creditore ne avesse ritratto [3]. L'*actio fiduciae*, del resto, si estingueva anche prima della vendita nel caso di una *lex commissoria*, quando cioè fosse convenuto che il debitore non soddisfatto dentro un tempo ritenesse la cosa mancipata in soddisfazione del suo credito [4]. La *fiducia* dava una forte garanzia al creditore trasferendogli la proprietà quiritaria della cosa destinata a garantire il suo credito, e assicurandolo da qualunque concorso di altri creditori; ma era troppo grave pel debitore, il quale perdeva il godimento della cosa [5] e non era abbastanza assicurato coll'*actio fiduciae* (azione personale) contro la possibile alienazione da parte del creditore [6], nè essa finalmente era applicabile se non alle cose capaci di esser cedute *in iure* o mancipate.

PIGNUS. — Mentre la *fiducia* dava al creditore un potere giuridico sulla cosa ceduta a garanzia del credito, il *pignus* non

---

[1] PAUL., *Sentent.*, II, 13. L'uso di mancipare a questo scopo anche i figli nella potestà del padre (LIV., II. 24), era già cessato al tempo dei giureconsulti classici (PAUL., *Sentent.*, V, 1; Const. 1, *de patrib. qui fil.*, IV, 43; cfr. Nov. 134, c. 7).

[2] PAUL., *Sentent.*, II, 13, 5; ULPIAN., fr. 4, *de pign. act.*, XIII, 7.

[3] Id., *Sent.*, II, 13, 1.

[4] CICER., *Pro Flacco*, 21; *Fragm. Vat*, 9. Questo patto che era molto in uso, fu abolito da Costantino: *Cod. Theod.*, III, 2; *Cod. Just*, VIII, 35. Sulla *usoreceptio fiduciae causa*, vedi GAI., II, 59-60 e sopra § 66.

[5] Si cercava di rimediare a questo inconveniente rilasciando al debitore la cosa mancipata come *precarium* e in locazione con una *locatio nummo uno* (GAI., *Inst.*, II. 60).

[6] Quando l'*actio fiduciae* era diretta ad ottenere il superfluo dopo la vendita fatta dal creditore, non passava agli eredi del debitore, se questi non l'avesse incoata in vita (*Consult. vet. iurisc.*, VI, 8; PAUL., II. 17, 15). Vero è però che il creditore convenuto, se soccombeva, incorreva nella infamia (GAI., IX, 182).

gli accordava che un potere di fatto sulla medesima. Il creditore, al quale si pignorasse una cosa dal debitore, ne acquistava soltanto il possesso, e questo rapporto sorgeva non già da un atto solenne, come la *mancipatio* o la *in iure cessio*, ma da un semplice contratto *iuris gentium*, che veniva concluso mediante la consegna della cosa e fondava l'*actio pigneraticia*. Il *pignus* non potè quindi sorgere se non quando si fu svolta la tutela del possesso, sulla quale riposa la garanzia del creditore; e fu probabilmente imitato nei rapporti volontari dei privati dal pegno giudiziale e pretorio.

Il pegno contratto in questa guisa era molto più semplice della *fiducia* quanto al modo ed alla forma della sua costituzione, ma non rimediava a tutti gli inconvenienti più sopra accennati, anzi ne provocava altri, per cui in alcuni casi era assai più imperfetto. E di fatto il creditore era assicurato contro l'alienazione della cose mobili da parte del debitore, non così contro quella delle immobili, che potevano essere mancipate anche da chi non possedeva: di più la cosa ed il suo uso erano sottratti al debitore [1]. Inoltre quand'anche esistesse una convenzione *de pignore distrahendo* fra creditore e debitore quegli non trasferiva all'acquirente se non il possesso e la possibilità dell'usucapione, alla qual cosa non fu rimediato se non coll'introduzione della *publiciana in rem actio*. Finalmente il *pignus*, mentre si estendeva ai peregrini ed ai fondi provinciali, non si applicava se non a cose corporali. Tutti questi inconvenienti furono tolti di mezzo quando il diritto romano accolse l'istituto straniero della *hypotheca*.

Hypotheca. — Essa appartiene ad un periodo più progredito, nel quale si era abbandonato il principio dell'antico diritto che i beni non rispondano delle obbligazioni della persona, ed era cresciuta l'importanza economica del credito. Essa riposa infatti sul concetto che i beni del debitore possono essere impiegati a servir di garanzia al creditore mediante

---

[1] Anche qui solevasi lasciar la cosa al debitore come *precarium* (Ulpianus, fr. 6, § 4, *de prec.*, XLIII, 26), ma nel caso d'una alienazione il creditore non aveva alcun interdetto contro l'acquirente.

una semplice convenzione senza bisogno di passare nel dominio o nel possesso di questo: tantochè i beni stessi rimanevano presso il debitore e potevano oltre a ciò esser mezzo di credito di fronte a più persone. La prima origine di questo rapporto giuridico si trova nella locazione dei fondi rustici e nella necessità di offrire una garanzia al locatore per l'adempimento degli obblighi del conduttore senza togliere al medesimo gli strumenti indispensabili per la coltura *(invecta et illata)*. A tale scopo un pretore, Salvio, introdusse un *interdictum adipiscendae possessionis,* col quale accordò al creditore senza possesso quello stesso diritto che aveva il creditore pignoratizio col possesso e che da lui si disse *interdictum Salvianum* [1]. Un altro pretore, Servio, accordò al locatore una *in rem actio,* quasi che gli *invecta et illata* gli fossero stati consegnati *fiducia,* azione che, dal nome del pretore il quale la introdusse, è nota sotto il titolo di *Serviana actio* [2]. È impossibile dire quando il pegno ipotecario fu esteso dalla locazione dei fondi rustici ad ogni altro rapporto obbligatorio: il fatto è che ben presto la Serviana acquistò una importanza generale sotto il nome di *quasi Serviana actio, Serviana utilis, hypotecaria actio* [3].

Dopo una tale estensione dell'azione Serviana perdettero naturalmente ogni importanza gli antichi istituti della *fiducia* e del *pignus,* e non rimasero in vigore che il *pactum hypotecae* e il *contractus pignoraticius,* dal quale nasceva pure l'azione reale ipotecaria [4].

---

[1] Gai., IV, 147: « *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quasi pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset* ». Cfr. Dig., XLIII, 33, *de Salv. interd.*; Cod. VIII, 9, *de prec. et salv. interd.* (vedi § 98).

[2] § 7, Inst., *de act.*, IV, 6; fr. 2 e fr. 2, *de Salv. interd.*, XLIII, 33.

[3] § 7, Inst., *de act.*, IV, 6 (vedi la nota seg.). È detta anche *pigneraticia (in rem) actio*, p. es., nel fr. 3, § 3, *ad exhib.*, X, 4 e fr. 30, § 1, *de ex. rei iud.*, XLIV, 2.

[4] § 7, Inst., *de act.*, IV, 6: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypotecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus ei tenetur; quasi Serviana autem (qua) creditores pygnora hypothecasque persequuntur.*

Se il possesso della cosa pignorata non è necessario non è neppure incompatibile col diritto di pegno o d'ipoteca. È necessario avvertire subito, che introdotta l'ipoteca, il nome di *hypotheca* e di *pignus* si equivalsero; ma, appunto rimanendo il possesso criterio distintivo, ebbero anche un senso speciale ristretto. Infatti sin da principio i Romani solevano designare col nome di *pignus* il pignoramento di una cosa (specialmente mobile) congiunto col possesso della medesima, e col nome di *hypotheca* quello di una cosa, per cui non si pose in essere la tradizione [1].

§ 92.

Nozione e requisiti del diritto di pegno o d'ipoteca.

Dalle nozioni storiche premesse risulta che il diritto di pegno o d'ipoteca, quale ce lo presenta nella sua ultima forma il diritto giustinianeo, è quel diritto reale sulla cosa altrui, per il quale il creditore, alla cui garanzia la medesima fu assegnata ha la facoltà di prenderne possesso, di venderla e di soddisfarsi sul prezzo, quando il debitore non adempia alla sua obbligazione.

Il diritto di pegno o d'ipoteca si distingue da tutti gli altri *iura in re aliena* principalmente per la dipendenza in cui si trova da un rapporto obbligatorio, del quale può essere considerato come accessione.

I requisiti della sua validità sono due: cioè l'esistenza di un credito, ed una cosa idonea a divenire oggetto di pegno o d'ipoteca.

Quanto all'esistenza di un credito, *(obligatio)* che quell'*ius in re aliena* serve a garantire, è da osservare in primo luogo

[1] § 7, *Inst.*, IV, 6; Cfr. fr. 9, § 2, *de pign. act.*, XIII, 7; fr. 5, § 1, *de pign.*, XX, 1. Secondo il Codice civile il pegno non è possibile che sopra cose mobili, e richiede necessariamente la consegna della cosa (art. 1878 e 1882); l'ipoteca poi non si può costituire che sopra cose immobili o sopra diritti che come tali vengono considerati (art. 1967). È però da avvertire che anche le cedole nominative del debito pubblico sono suscettive d'ipoteca, sebbene sieno mobili (art. 418 e 1967).

che la obbligazione può essere civile o naturale, presente o futura, pura o condizionale, propria di colui che costituisce il pegno o di un'altra persona [1]; in secondo luogo che il diritto di pegno o d'ipoteca segue le sorti dell' obbligazione, di fronte alla quale non è che un diritto accessorio. Così anch' esso è soggetto al termine ed alla condizione, se v' è soggetta l'obbligazione futura e non sorge di regola se non col sorgere di questa [2]. Del pari, se il credito aumenta sia per gli interessi, sia per le spese necessarie sulla cosa, sia per spese giudiziali, il pegno si estende anche a quell' aumento.

Quanto agli interessi è particolarmente da osservarsi che le parti possono avere espressamente limitato il pegno al solo capitale od a parte di esso, oppure alle sole usure o a parte delle medesime [3]. Se invece il credito subisce una diminuzione, il diritto di pegno o d'ipoteca continua inalterato a garanzia del residuo [4]. Il diritto di pegno o d'ipoteca è oltre a ciò indivisibile, nel senso che esso continua per ciascuna obbligazione, in cui si sia divisa per successione la obbligazione originaria [5].

§ 93.

Oggetto del diritto di pegno o d'ipoteca.

Possono costituire oggetto del diritto di pegno o d' ipoteca tutte le cose in commercio che abbiano un valore venale o sieno alienabili, tanto mobili che immobili, fungibili o infungibili, consumabili o inconsumabli [6]. Un tal diritto però non si

---

[1] MARCIANUS, fr. 5, pr., *de pign.*, XX, 1.

[2] Id., fr. 13, § 5, *de pign.*, XX, 1. Vedi anche il § 96.

[3] POMPONIUS, fr. 8, pr. e § 5, *de pign. act.*, XIII, 7; ULPIANUS, fr. 11, § 3, *cod.*; MARCIANUS, fr. 13, § 6, *de pign.*, XX, 1, e fr. 5, § 1, *in quib. caus.*, XX, 2.

[4] ULPIANUS, fr. 19, *de pign.*, XX, 1; PAULUS, fr. 85, § 6, *de verb. obl.*, XLV, 1.

[5] POMPONIUS, fr. 8, § 2, *de pign. act.*, XIII. 7. Cod. civ., art. 1964.

[6] GAIUS, fr. 9, § 1, *de pign.*, XX, 1: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest.*

limita alle cose singole, ma può formarne oggetto eziandio una università di cose, e perfino un'intiero patrimonio senza speciale indicazione delle singole cose che lo costituiscono.

Trattandosi di cose singole, cioè individualmente determinate, il diritto di pegno o d'ipoteca si estende eziandio ad ogni loro accessione, come, per esempio alle alluvioni ed agli edifizi che sorgano sul terreno ipotecato [1]. I frutti della cosa, oltrechè poter essere impegnati singolarmente come cose future, vengono implicitamente colpiti dal pegno della cosa principale, salvochè s' intende, non sieno mediante separazione entrati nella proprietà di una persona diversa da quella che costituì il pegno o de' suoi eredi [2].

Il pegno di una università di cose, per esempio di un gregge, colpisce di regola le singole cose comprese in quella università, come se fossero state specialmente impegnate e si estende anche a quelle che in seguito entrano a comporla, salvochè non risulti diversamente dalla natura particolare dell' *universitas* o dalla intenzione delle parti contraenti.

Se, per esempio, venne ipotecato un gregge, i nuovi capi comprati per completarlo, o nati da femmine che lo compongono sono compresi nell' ipoteca del gregge [3]. In caso di alienazione dei singoli capi componenti l'*universitas*, l'intenzione delle parti può esser quella che passino al compratore onerati dal vincolo ipotecario; ma esse possono stabilire il contrario, sia espressamente, sia tacitamente, come, per esempio, nel caso che siasi ipotecato un magazzino di merci aperto, che presuppone neces-

---

[1] MARCIANUS, fr. 16, pr., e LABEO, fr. 34, *de pign.*, XX, 1; PAULUS, fr. 29, § 2, *cod.*; fr. 18, § 1 e fr. 21, *de pign. act.*, XIII, 7. Cod. civ., art. 1966.

[2] PAPINIANUS, fr. 1, § 2; MODESTINUS, fr. 26, § 2, e PAULUS, fr. 29, § 1, *de pign.*, XX, 1. C. 3, *in quib. caus. pign.*, VIII, 15 [14]. In senso contrario PAUL., *Sent.*, II, 5, § 2. Vedi il GLÜCK-ASCOLI, *Pandette*, lib. XX, § 1083, pag. 118.

[3] MARCIANUS, fr. 13, pr. *de pign.*, XX, 1: *Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.*

sariamente continue operazioni commerciali di compra e vendita e cambi continui: chi accetta un' ipoteca sopra una *universitas* siffatta, siccome deve sapere che le cose comprese nella medesima sono destinati a continui cambi, si presume che abbia inteso di limitare il suo diritto alle merci che esisteranno nella medesima il giorno in cui passerà all' esecuzione sui beni ipotecati [1].

Il pegno o l' ipoteca di tutto il patrimonio si estende non solo ai beni che compongono presentemente il patrimonio del debitore, ma ancora ai futuri [2]. Il diritto di pegno o d' ipoteca che colpisce le cose componenti il patrimonio non cessa pel solo motivo che quelle cose passano per alienazione in terze mani, poichè esso è un diritto reale che perseguita la cosa in mezzo di chiunque [3]. Certe cose però non s' intendono comprese nell' ipoteca dell' intiero patrimonio, come, per esempio, le vesti, gli utensili e gli arnesi del mestiere del debitore, le suppellettili e le masserizie indispensabili alla vita e di un uso quotidiano [4]. Del pari è permessa la libera manomissione degli schiavi facenti parte del patrimonio ipotecato, mentre non si possono manomettere quelli *iure pignoris specialiter obligati* [5].

Finalmente si considerano come suscettive di pegno o d'ipoteca anche le cose incorporali, cioè i diritti e più particolarmente i crediti, i diritti d' enfiteusi e di superficie, l'esercizio delle servitù di usufrutto e d' abitazione e perfino lo stesso diritto di pegno (*pignus pignori datum*).

---

[1] SCAEVOLA, fr. 34, pr., *de pignor.*, XX, 1.

[2] C. 9, *quae res pign.*, VIII, 17 [16]; GAIUS, fr. 15, § 1 e SCAEVOLA, fr. 32 e fr. 34, § 2, *de pign.*, XX, 1. Pel Cod. civ. l' ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri (art. 1977).

[3] C. 6, § 2 e c, 8, § 4, *de sec. nupt.*, V, 9; C. 17, *de distr. pign.*, VIII, 28 [27]; PAULUS, fr. 47, pr., *de iure fisci*, XLIV, 14,

[4] Fr. 6, 7, 8 e 9, *de pign.*, XX, 1; Const. 1, *quae res pign.*, VIII, 17; Cod. proc. civ., art. 585 e 586, ove sono tassativamente indicati gli oggetti che non possono essere pignorati, e quelli che possono esserlo soltanto in difetto di altri mobili e per causa di alimenti, pigioni, fitti od altri crediti privilegiati.

[5] Const., 2 e 3, *de servo pign. dato manum.*, VII, 8.

§ 94.

Costituzione del diritto di pegno o d'ipoteca.

Il diritto di pegno o d'ipoteca può costituirsi per negozio giuridico, o per disposizione immediata di legge, o per disposizione dell'autorità giudiziaria.

NEGOZIO GIURIDICO. — Si può accordare ad un creditore il diritto di pegno e d'ipoteca per atto d'ultima volontà (così detto pegno testamentario) [1]. In tal caso il diritto è acquistato al momento in cui il legato diventa esigibile *(quando dies legati venit)*, semprechè, s'intende, vi sia a quest'istante un'obbligazione principale ed una cosa idonea.

Del pari può essere costituito un diritto di pegno o d'ipoteca mediante convenzione, indipendentemente da qualunque solennità, e senza bisogno di tradizione *(pactum hypothecae)* [2]. La tradizione, se ha luogo, non dà al creditore che una maggiore sicurezza di fatto, trasferendo in lui il possesso della cosa pignorata; ma, in diritto, il creditore pignoratizio, cui è stato trasferito il possesso della cosa, si trova nella medesima condizione del creditore ipotecario.

---

[1] ULPIANUS, fr. 26, pr., *de pign. act.*, XIII, 2; Const. 1, *comm. de legat.*, VI, 43. Il Codice civile patrio non menziona l'ipoteca testamentaria, ma non l'esclude (art. 862 e seg.). Può ritenersi compresa nella classe delle convenzionali (art. 1698). Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Priv. ed ipot.*, I, 120; MELUCCI, *Sist. ipot.*, lezione VII, n. 3, pag. 45; G. LOMBARDI, nel *Rolandino* (1910, 161), e G. GRAMONDO, nel *Giornale notarile* (1910, 263).

[2] ULPIANUS, fr. 1, *de pign. act.*, XIII, 7; GAIUS, fr. 14, *de pignoribus*, XX, 1; SCAEVOLA, fr. 34, *eod.* Il consenso può essere dato anche tacitamente (ULPIANUS, fr. 20, *eod.*), e può perfezionarsi anche fra assenti (MODESTINUS, fr. 23, § 1, *eod.*: *Pignoris obligatio etiam inter absentes* [*consistit, quoniam absens*] *recte ex contracta obligatur*. Vedi FILIPPO SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla Giurisprudenza*, Pavia 1862, capo V. Pel nostro Codice il pegno mobiliare *(pignus)*, è, come in diritto romano, indipendente da qualunque solennità, e non richiede che la consegna della cosa (vedi § 92); ma l'ipoteca convenzionale deve costituirsi o per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1978).

Del resto è un requisito ordinario per la costituzione di un valido diritto di pegno e d' ipoteca che l' oggetto si trovi nel patrimonio *(in bonis)* del pignorante e che questi abbia la facoltà di alienarlo [1]. Quindi di regola solo chi è proprietario di una cosa può impegnarla validamente [2]. Se però il proprietario vi acconsente in modo espresso o tacito, oppure rettifica il pignoramento fatto da altri, esso è valido, come è valido quando il non proprietario ha impegnato una cosa altrui col patto espresso o tacito che ne acquisti la proprietà: in questo caso il diritto di pegno o d' ipoteca prende vita non appena egli venga ad acquistarne la proprietà [3]. Quando poi abbia impegnata la cosa altrui come propria e ne acquisti in seguito la proprietà, il diritto di pegno non viene con questo a sorgere, ma il creditore ha una eccezione contro il debitore ed i suoi successori ed anche una azione utile nel caso di buona fede [4]. Lo stesso deve dirsi nel caso in cui il proprietario della cosa impegnata divenga erede di colui che l' impegnò senza essere proprietario [5]. E finalmente il pegno costituito dal possessore di buona fede

---

[1] MARCIANUS, fr. 23, *de prob.*, XXII, 3, e fr. 1, pr. *quae res pign.*, XX, 3; Cod. civ., art. 1974.

[2] Const. 6, *si aliena res pign.*, VIII, 16.

[3] MARCIANUS, fr. 16, § 7, *de pign.*, XX, 1: *Aliena res utiliter potest obbligari sub conditione, si debitoris facta fuerit.* Cfr. fr. 1, pr. e fr. 15, § 1, *eod.*; fr. 3, § 1; fr. 7, § 1, *qui pot.*, XX, 4; Cod. civile, art. 1976.

[4] Const. 5, *si al. res*, VIII, 15 [16]: *Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae detur.* PAPINIANUS, fr. 1, pr. *de pign.*, XX, 1: *In speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio.*

[5] MODESTINUS, fr. 22, *de pign.*, XX, 1: *Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaveris, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dubitur creditori.* L' opinione contraria di PAOLO (fr. 41, *de pign. act.*, XIII, 7), è rigettata dalla maggioranza degli interpreti. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 371, nota 1, pag. 475-477.

produce a favore del creditore un'azione ipotecaria corrispondente alla pubbliciana che compete all'impegnante [1].

Un diritto di pegno o d'ipoteca si costituisce finalmente per convenzione quando esso si riserva in un atto di traslazione di dominio [2].

DISPOSIZIONE DELLA LEGGE. — In certi casi la legge accorda immediatamente al creditore un diritto di pegno o di ipoteca, senza bisogno che egli ne esiga la costituzione. I Romani dicono allora che il diritto di pegno o d'ipoteca si stabilisce tacitamente *«pignora tacite contracta»*, ed i moderni designano questi casi col nome di pegni o ipoteche legali. I pegni legali si distinguono in quelli che hanno per oggetto cose singole e quelli che si costituiscono sull'intero patrimonio, presente e futuro, del debitore: i primi si chiamano pegni o ipoteche legali speciali, i secondi pegni o ipoteche legali generali.

Pegno o ipoteca legale speciale. — I pegni legali costituiti sopra singole cose del debitore sono quelli del locatore di un fondo urbano o di un'area sopra ciò che il conduttore vi ha permanentemente introdotto *«inuecta et illata»* [3]; del locatore di un fondo rustico sui frutti percetti dal conduttore o dal

---

[1] PAULUS, fr. 18, *de pign.*, XX, 1: *Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Seruianum Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* Cfr. fr. 21, § 1, *eod.*, e fr. 14, *qui ut.*, XX, 4, comb. col fr. 49, *de verb. sign.*, L, 16.

[2] ULPIANUS, fr. 1, § 4, e PAULUS, fr. 2, *de reb. eor.*, XXVII, 9. Pel Codice civile è uno dei casi d'ipoteca legale (art. 1969).

Si chiamano pegni taciti, perchè sono indipendenti da una convenzione espressa dalle parti e riposano in alcuni casi sopra la volontà presunta delle medesime (fr. 3 e 4, pr.; fr. 6 e 7, *in quib. causa pign.*, XX, 2; Const. 3 e 7, *in quib. caus. pign. tacita contrahitur*, VIII, 15); si chiamano pegni o ipoteche legali, perchè nascono in virtù di legge col nascere della obbligazione. Anche il nostro Codice civile adopera l'espressione di ipoteca legale (art. 1969). Vedi circa l'obbligo della iscrizione in fine di questo paragrafo.

[3] Fr. 32, *de pign.*, XX, 1; fr. 2, 3, 4, 5, 6 e 7, § 1, *in quib. caus. pign.*, XX, 2. Sono oggetto di questa ipoteca anche le cose del subconduttore (fr. 7, pr., *in quib. caus. pign.*, XX, 2; fr. 11, § 5, *de pign. act.*, XIII, 7; Cod. civ., art. 1958, n. 3).

subconduttore [1]; del somministratore di denaro per la ricostruzione di un edificio ricostruito [2]; del pupillo sulla cosa comprata col suo denaro ed in suo nome [3]; finalmente dei legatari e fidecommissari singolari sui beni, che la persona onerata ha acquistato dal testatore [4].

Pegno o ipoteca legale generale. — I pegni legali costituiti sopra l'intiero patrimonio competono al fisco per tutti i suoi crediti, fatta eccezione delle multe [5]; ai pupilli minori e furiosi sui beni dei tutori e curatori [6]; ai figli, il cui patrimonio sia sotto l'amministrazione del padre, sui suoi beni per sicurezza di ciò che essi hanno direttamente acquistato dalla madre o dagli ascendenti materni [7], ed inoltre sui beni del genitore binubo per garanzia dei lucri nuziali [8]; alla moglie sui beni del marito per i crediti risultanti dalla dote [9], dall'amministrazione degli stradotali affidati al marito [10], dalla *donati propter nuptias* [11]; al marito sui beni di colui che gli ha promessa una dote [12]; a chi abbia il diritto di ripetere da un coniuge rimasto vedovo un legato lasciatogli sotto condizione di non contrarre

---

[1] PAULUS, fr. 24. § 1. *locati*, XIX. 2; POMPONIUS, fr. 7. *in quib. caus. pign.*, XX, 2. Cod. civ., art. 1958.

[2] PAPINIANUS, fr. 1, *in quib. caus. pign.*, XX, 2.

[3] ULPIANUS, fr. 7. pr. *qui pot.*, XX. 4; C. 6. *de serv. pign. d.*, VII. 8; C. 17. *de pign.*, VIII. 13 [14]; GLÜCK-ASCOLI. *Pandette*, lib. XX, tit. 2, § 1087 *b*, pag. 210.

[4] C. 1 e 2, *comm. de leg.*, VI, 43; Nov. 108, cap. 8.

[5] Fr. 17. 37 e 46. § 3. *de iure fisci*, XLIX. 14; C. un., *de poen. fisci*, X. 7. Pel Codice civile lo Stato ha ipoteca legale sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia (art. 1969).

[6] C. 20. *de adm. tut.*, V. 37; C. 7. §§ 5 e 6. *de cura fur.*, V, 70. Cod. civ., art. 1969.

[7] C. 6. §§ 2 e 4. *de bon. quae lib.*, VI. 61; C. 8. § 5 [4]. *de sec. nupt.*, V. 9.

[8] C. 6, § 2; C. 8, § 4 [3], *de sec. nupt.*, V, 9; Nov. 98, c. 1.

[9] C. 30. *de iur. dot.*, V. 12; C. un., § 1. *de rei ux. act.*, V. 13. Cod. civ., art. 1969. Il pegno legale per garanzia della restituzione della dote spetta anche agli eredi, al padre, agli ascendenti paterni della moglie, ai quali dopo la risoluzione del matrimonio ricade la dote medesima.

[10] C. 11, *de pact. conv.*, V. 14.

[11] 12, § 2, *qui pot.*, VIII, 18 [17]; Nov. 109, cap. 1.

[12] C. un., § 1, *de rei ux. act.*, V, 13.

seconde nozze, sui beni del medesimo per il caso che egli manchi a quella condizione [1]; alle chiese sui beni dei loro enfiteuti per i crediti risultanti da deteriorazioni dei fondi enfiteutici [2].

DISPOSIZIONE DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA. — Il giudice può dar vita ad un diritto di pegno o d'ipoteca in più guise, vale a dire nei casi dell'aggiudicazione, dell'esecuzione di una sentenza [3], della immissione nel possesso. Egli può infatti in un giudizio divisorio condannare un condividente ad una prestazione ad un altro, e aggiudicare a questi un diritto di pegno sopra la cosa a quegli assegnata. Quando poi si tratta di eseguire una sentenza, il magistrato prende possesso *ex officio* di singole cose del debitore soccombente per venderle all'asta dopo il termine di due mesi a soddisfacimento dell'attore *(pignus in causa iudicati captum)* [4]. Con questo le cose medesime sono sottratte a qualunque ulteriore disposizione da parte del debitore, ma l'attore non acquista uno speciale diritto alla vendita di esse [5]. Prende vita finalmente un diritto di pegno anche quando il magistrato immette taluno nel possesso di una cosa singola o di un intiero patrimonio *(pignus praetorium)* [6]. Questa immissione però deve aver lo scopo di dar garanzia per la soddisfazione di un diritto, e il possesso essere stato realmente ottenuto dal *missus in possessionem*. Questi è tutelato nel possesso ottenuto [7] ed il proprietario non può più disporre della co-

---

[1] Nov. 22, cap. 44, §§ 2, 3 e 9.

[2] Nov. 7, cap. 3, § 2.

[3] Pel Codice civile l'ipoteca giudiziale deriva sempre da sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, od all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni (art. 1970).

[4] ULPIANUS, fr. 15. § 2, e CALLISTRATUS, fr. 31, *de rei iud.*, XLIII. 1. Sembra che questa misura di esecuzione fosse specialmente introdotta da ANTONINO PIO.

[5] Const. 2, *si in causa iud.*, VIII, 22 [23]. Cfr. ULPIANUS, fr. 50, e HERMOGENIANUS, fr. 74, § 1, *de evict.*, XXI, 2.

[6] ULPIANUS, fr. 26, pr., *de pignor. act.*, XIII. 7; ID., fr. 3. § 1, *de reb. cor.*, XXVII, 9.

[7] Il diritto antigiustinianeo non dava a colui, che fosse leso nel possesso, se non un'azione personale. ULPIANUS, fr. 1. pr.; fr. 4. pr., §§ 2 e 4,

sa [1]. Il diritto di venderla però non spetta al *missus* se non nel caso di una *missio rei servandae causa*, contro un debitore già condannato o che deve considerarsi come tale [2]. Nel caso speciale della *missio legatorum servandorum causa*, quando sia accordata per il ritardo dell' erede a soddisfare il legato, il diritto di pegno dà ai legatari e fidecommissari la facoltà di percepire i frutti dell' oggetto del medesimo [3].

Pel Codice civile italiano, tutte le ipoteche, siano convenzionali, testamentarie, legali o giudiziali, non hanno effetto, se non sono rese pubbliche: nè possono sussistere che sopra beni specialmente indicati [4].

---

ne vis fiat ei. XLIII, 4 e fr. 15, § 36. *de damno inf.*, XXXIX, 2. Giustiniano gli accordò un' *actio in rem* contro qualunque possessore (Const. 2, *de praet. pign.*, VIII, 22 [23].

[1] Const. 3, *ut in possess. leg.*, VI, 54; Const. 2, *qui pot.*, VIII, 18.

[2] Const. 1, *si in causa iud.*, VIII, 22 [23].

[3] ULPIANUS, fr. 5, §§ 16 e 21, *ut in poss.*, XXXVI, 4. Gli altri casi della *missio in possessionem* sono quelli *legatorum servandorum causa*, quando l'erede rifiuti di prestare la debita cauzione, *damni infecti nomine* e *ventris nomine*. ULPIANUS, fr. 1, *quib. ex caus.*, XLII, 4. Del resto a questo terzo modo di costituzione di un pegno o di un' ipoteca per disposizione del magistrato si dà assai impropriamente tale nome, dacchè esso serve a garantire un diritto, ma non comprende tutte le facoltà inerenti al pegno ordinario. Così per esempio, dice lo stesso ULPIANO, nel cit. fr. 5, § 21: *sed pignora quidem quis et distrahere potest, hic autem* frui tantum *ei constitutio permisit, ut festinetur ad sententiam*.

[4] Art. 1965. — Siccome presso i Romani mancavano i pubblici uffici ipotecari, ed erano inoltre ammesse le ipoteche generali, il loro sistema ipotecario riusciva molto difettoso. Il progresso della legislazione vi ha portato considerevoli miglioramenti. Il Codice nostro, accettando pienamente i principii della pubblicità e della specialità delle ipoteche, ha abolito le ipoteche generali occulte con tutti i loro inconvenienti: questo è uno dei pregi più notevoli del patrio Codice. [Dalla lettura di papiri recentemente scoperti si è potuto ricavare come in Egitto esistesse un sistema di pubblicità fondiaria non molto diversa da' libri fondiari tedeschi, che si reputano il sistema più perfetto di pubblicità. Da ciò si può argomentare che, sebbene le Costituzioni imperiali e il Digesto, fonti del diritto generale dell' impero, non ne parlassero, esistevano tuttavia gli uffici ipotecari, regolati diversamente secondo il diritto regionale di ciascuna provincia e, dove non esistevano, alla pubblicità ipotecaria si provvedeva con surrogati].

§ 95.

Effetti del diritto di pegno o d' ipoteca.

Diritti conservati del debitore. — Come vedremo più innanzi il creditore pignoratizio o ipotecario ha un'azione reale, mediante la quale può ottenere il possesso della cosa ipotecata affine di venderla e di soddisfarsi sul prezzo. Tale vendita trae seco necessariamente la perdita del diritto di proprietà, che competeva al debitore; il quale però lo conserva finchè la vendita non abbia avuto luogo, ed ha per conseguenza il diritto di possedere la cosa ipotecata, di usarne e di servirsene. Nel *pignus* propriamente detto però il possesso *ad interdicta* passa, qual necessaria guarentigia, al creditore pignoratizio, restando tuttora al debitore i vantaggi della usupione. Il debitore può inoltre gravare la cosa sua di servitù e di ipoteche, che non rechino pregiudizio ai creditori, i quali hanno diritto di pegno [1]. Egli conserva per fino il diritto di alienare la cosa ipotecata [2], a meno che non si tratti di cose mobili colpite di un pegno speciale, nèl qual caso l' alienazione fatta all'insaputa o contro il volere del creditore è considerata come un furto, perchè rende più difficile l'esercizio dell'azione ipotecaria, potendo il creditore ignorare in quali mani i mobili sieno passati [3]. Del resto il debitore può rinunciare al diritto di alienare la cosa [4].

Il debitore accorda talvolta al creditore il diritto di usare o di percepire nel proprio interesse i frutti della cosa impegnata. Siffatta convenzione si chiama antieresi, ed è lecita semprechè

---

[1] POMPONIUS, fr. 205, *de reg. iur.*, L, 17; C. 15, *de pign.*, VIII, 14.

[2] Fr. 205, cit. Appena occorre avvertire che la cosa ipotecata, che sia stata alienata senza il consenso del creditore, passa nel compratore gravata dell'ipoteca: Const. 12, *de distract. pig.*, VIII, 11; Codice civile, art. 1964.

[3] § 14, Inst., *de obl. quae ex del.*, IV, 1; ULPIANUS, fr. 22, pr. *de pign. act.*, XIII, 7, e fr. 9, § 6, *de furt.*, XLVII, 2; PAULUS, fr. 66, pr. *eod.*

[4] MARCIANUS, fr. 7, § 2, *de distr. pign.*, XX, 5; LUSIGNANI, *Interpretazione del fr. 7, § 2, XX, 5*, nel *Bullettino Ist. dir. rom.*, XI, 26-31.

non venga adoperata a mascherare un prestito usurario [1]. L'anticresi si verifica anzi, senza bisogno di essere espressamente costituita, quando una cosa fruttifera è data in pegno per sicurezza di un prestito senza interessi. In questo caso il creditore ha diritto di percepire per proprio conto frutti in luogo e sino alla concorrenza degli interessi legali del capitale mutuato salvo ad imputare l'eccedenza al capitale o di restituirla al debitore [2].

Una cosa ipotecata continua ad essere a rischio e pericolo del debitore, nel senso che la perdita della medesima non estingue la sua obbligazione; vanno però a suo favore tutti gli aumenti del valore della cosa [3].

Diritti del creditore. — Prescindendo dal caso in cui il debitore abbia trasferito nel creditore il possesso della cosa, nel qual caso si ha il *pignus* propriamente detto, il creditore ipotecario non ha nè possesso, nè detenzione; ma quando il debito divenuto esigibile non sia stato soddisfatto, egli può procurarsi il possesso mediante l'azione risultante dal suo diritto reale. E, sia che abbia avuto il possesso sin dall'origine, sia che l'abbia ottenuto mediante l'azione ipotecaria, non è obbligato a restituire la cosa al debitore sino a che non venga pienamente soddisfatto dell'intero suo credito. Anzi una disposizione speciale accorda al creditore perfino il diritto di ritenere la cosa anche dopo l'estinzione del debito assicurato dall'ipoteca se egli è tuttavia creditore di un'altra somma, che non sia stata garantita nel modo medesimo [4].

Il diritto più importante, che spetta al creditore, è quello di vendere la cosa ipotecata e di pagarsi col prezzo ricavato dalla vendita [5]. Codesto diritto di vendere la cosa *(ius distra-*

---

[1] Const. 14 e 17. *de usur.*, IV, 32; MARCIANUS, fr. 33, *de pign. act.*, XIII, 7, e fr. 11, § 1, *de pign.*, XX, 1; Cod. civ., art. 1891.

[2] PAULUS, fr. 8, *in quib. caus. pign.*, XX, 2; Const. 1, 2, 3 e 12, *de pign. act.*, IV, 24; RINALDI, nell'*Archiv. giur.*, XXI, 298.

[3] ULPIANUS, fr. 21, § 2, *de pign.*, XX, 1; C. 9, *de pign. act.*, IV, 24.

[4] C. un., *etiam ob chirogr.*, VIII, 27 [26]; Cod. civ., art. 1888.

[5] C. 1 e 2, *debit. vend. pign. imp. non posse*, VIII, 28 [29]; C. 2, 3, 4 e 8, *de distr. pign.*, VIII, 27 [28].

hendi) è dell'essenza del pegno e dell'ipoteca, in modo che il creditore non può venirne privato nemmeno da un patto in contrario *(pactum ne pignus distrahatur)*. Effetto d'un simile patto sarebbe soltanto quello di obbligare il creditore a far precedere alla vendita tre intimazioni di pagamento notificate al debitore, mentre nei casi ordinari basta un'intimazione sola [1]. Del pari è vietato il patto che, in difetto di pagamento, il creditore possa tenere per sè in luogo del credito la cosa impegnata. Siffatta convenzione, che anticamente era permessa, chiamavasi *lex commissoria*, come quella che faceva incorrere il debitore nella decadenza del suo diritto *(commissum)*; ma venne proibita da Costantino, perchè poteva riuscire soverchiamente dannosa al debitore, quando la cosa impegnata avesse un valore molto superiore all'ammontare del debito, alla cui sicurezza fu vincolata [2]. È lecito tuttavia pattuire che il creditore possa conservare la cosa imputandone il valore giusta una stima da farsi al momento della scadenza del debito, giacchè in tal caso non si ha che una specie di vendita condizionale [3].

Perchè il creditore possa passare alla vendita, è necessario che il debito sia scaduto, e che non sia stato pagato [4]. Quanto ai termini ed alle forme da osservarsi per la vendita, è d'uopo attenersi a ciò che fu stabilito dalle parti. In mancanza di patto contrario, il creditore ha diritto di vendere egli stesso la cosa senza ottenere l'autorizzazione dal giudice [5], però soltanto due anni dopo aver infruttuosamente intimato al debitore di pagare

---

[1] ULPIANUS, fr. 4, e POMPONIUS, fr. 5, *de pign. act.*, XIII, 7.

[2] C. 3, *de pact. pign.*, VIII, 35 [34]. Cod. civ., art. 1884.

[3] MARCIANUS, fr. 16, § 9, *de pign.*, XX, 1; C. 13, *de pign.*, VIII, 14 [13].

[4] PAPINIANUS, fr. 4, *de distr. pign.*, XX, 5; C. 6, 7, 8 e 14, *de distr. pign.*, VIII, 28 [27]; MARCIANUS, fr. 5, *quib. mod. pign.*, XX, 6.

[5] Const. 4 e 9, *de distr. pign.*, VIII, 28 [27]. Le ipoteche del fisco e il pegno giudiziale devono vendersi al pubblico incanto (Const. 16, *de rese. vend.*, IV, 44); Const. 2, *si in causa iud.*, VIII, 23 [22]. Per le nostre leggi la vendita si fa sempre per mezzo della pubblica autorità (Cod. civ., art. 1884, 1886, 2076; Cod. proc. civ., lib. II, tit. 2 e 3). Il creditore pignoratizio però ha diritto di fare ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e sino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo dei periti (Cod. civ., art. 1884).

il suo debito, ed ottenuto contro di lui una sentenza di condanna [1]. Nella vendita il creditore deve agire in buona fede e non solo nell' interesse proprio, ma anche in quello del debitore di fronte al quale risponde dei danni cagionatigli per propria colpa [2]. In forza dello stesso diritto di pegno o d' ipoteca, il creditore trasferisce nel compratore la proprietà della cosa venduta gli, che competeva al pignorante [3], libera da ogni ipoteca, di cui per avventura fosse stata gravata posteriormente a quella in virtù della quale la vendita vien fatta [4]. La vendita della cosa ipotecata ha per effetto di estinguere il diritto di pegno o d' ipoteca del creditore e di far perdere la proprietà al debitore. Il creditore si paga sul prezzo ricavato dalla vendita; se il prezzo non basta per estinguere il debito, il diritto di pegno è nondimeno estinto, e non sopravvive che l' obbligazione personale del debitore [5]. Se poi il prezzo eccede l' ammontare del credito, l' eccedente dev' essere restituito al debitore, o pagato agli altri creditori ipotecari, secondo il rispettivo grado *(hyperocha)* [6].

Se il creditore non trova un compratore, egli può, premessa una nuova intimazione al debitore, rivolgersi al principe ed ottenere che gli venga aggiudicata la proprietà della cosa ipotecata dietro stima giudiziale; ma in tal caso il debitore

---

[1] C. 3, § 1, *de iur. dom. impetr.*, VIII, 34 [33].

[2] C. 4 e 9, *de distr. pign.*, VIII, 28 [27]; Ulpianus, fr. 13, § 1 e fr. 22, § 4, *de pign. act.*, XIII, 7; Paulus, fr. 14, *cod.*; C. 4, *si vend. pign.*, VIII, 30 [29].

[3] Ulpianus, fr. 4, *de pign. act.*, XIII, 7; C. 15, *de distr. pign.*, VIII, 28 [27]. Se il debitore non era proprietario della cosa data in pegno, il creditore ne trasferisce al compratore il possesso *ad usucapionem*. L' acquirente che ha sofferto l' evizione, in tutto o in parte, può agire con l' azione di garanzia contro l' espropriato, non contro l' esecutante. Egli può agire con la *condictio indebiti* contro i creditori per ripetere il prezzo loro pagato. Sulla materia, vedi *Cass. Roma*, 19 giugno 1894 *(Corte suprema, II, 210)*, e *Cass. Napoli*, 13 febbraio 1889 *(Legge 1889, II, 269)*.

[4] C. 1, *si ant. cred.*, VII, 20 [19]; C. 6-7, *de obl. et act.*, IV, 10; Papinianus, fr. 3, pr., *de distr. pign.*, XX, 5.

[5] Paulus, fr. 9, § 1, l. c., XX, 5; C. 3, *h. t.*, VIII, 28 [27].

[6] Ulpianus, fr. 24, § 2; Papinianus, fr. 42, *de pign. act.*, XIII, 7; Marcianus, fr. 12, § 5, *qui pot.*, XX, 5. Cod. civ., art. 2083, 2090 e seg.

conserva per due anni la facoltà di riprendere la sua cosa restituendo la stima pagata dal creditore [1].

§ 96.

Coesistenza e collisione di più diritti di pegno o d' ipoteca.

Costituendosi più diritti di pegno o d' ipoteca sopra il medesimo oggetto, può darsi che questo sia obbligato contemporaneamente a più creditori, in solido [2], ovvero secondo parti intellettuali, le quali possono essere espressamente determinate come, per esempio, nella metà, nel terzo, ovvero stabilite secondo la qualità dei crediti [3]. Oppure avviene che ciascun diritto di pegno e d' ipoteca sia costituito sopra l' intiero valore dell' oggetto del diritto medesimo. In questo caso, finchè l' ammontare dei crediti assicurati non superi il valore della cosa, non vi è collisione degli interessi dei creditori. La collisione incomincia nella opposta ipotesi, quando cioè la vendita dell' oggetto non giunga a soddisfare tutti i creditori; allora prende importanza la teoria del grado o della poziorità dei diversi diritti di pegno o d' ipoteca. Quando non vi siano ragioni per preferire un credito ad un altro, si decide in base al possesso *(melior est conditio possidentis)* [4], ammenochè i creditori non abbiano fra loro un rapporto di comunione o un rapporto obbligatorio, per il quale possano esigere la divisione del prezzo della cosa, come avviene se il creditore pignoratizio abbia lasciati più eredi [5].

Quando invece il grado dei diversi diritti sia diverso, è da

---

[1] C. 3, *de iur. dom. impet.*, VIII, 34 [33]; TRYPHONINUS, fr. 63, § 4, *de adq. rer. dom.*, XLI, 1; vedi Cod. di proc. civ., art. 643-644.

[2] È necessaria però una disposizione espressa delle parti per dar vita ad una obbligazione solidale della cosa; nel dubbio è da ammettersi una obbligazione della cosa per parti. ULPIANUS, fr. 10, *de pign.*, XX, 1: *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur.*

[3] PAULUS, fr. 20, § 1, *de pign. act.*, XIII, 7; ULPIANUS, fr. 10; MARCIANUS, fr. 16, § 8, *de pign.*, XX, 1.

[4] ULPIANUS, fr. 10, *de pign.*, XX, 1, e PAULUS, fr. 11, *qui pot.*, XX, 4.

[5] C. 1, *si unus ex plur.*, VIII, 31 [32].

ritenere che il creditore posteriore non possa soddisfarsi sul valore della cosa ipotecata se non dopo che sia soddisfatto o tolto di mezzo il creditore anteriore [1]. Se quindi il creditore anteriore fa vendere l' oggetto del pegno, il creditore posteriore non può esigere se non il di più che avanza [2], e se questi procede alla vendita della cosa ipotecata, la vendita è in certo modo inefficace, dacchè il creditore anteriore può in forza della sua azione reale ripeterla dal compratore [3]. Egli può del resto entrare, quando voglia, nel luogo del creditore anteriore soddisfacendolo del suo credito *(ius offerendi)* [4].

La prelazione dei diritti di pegno o d' ipoteca è determinata dalla priorità del tempo della loro costituzione, dalla pubblicità dell' istrumento, dal privilegio accordato a certe specie di crediti.

Priorità del tempo. — La prima e più ordinaria causa di poziorità fra più diritti di pegno o d' ipoteca costituiti sopra un medesimo oggetto è il tempo della loro costituzione *(prior tempore, potior iure)* [5]. È però da osservarsi in particolare a questo proposito che essi possono prender grado da un tempo, nel quale non si possono ancora veramente e propriamente far valere. Così deve datarsi dal momento della sua costituzione il diritto di pegno o d' ipoteca soggetto ad un termine o ad una condizione, come pure quello costituito per una obbligazione alla quale siano apposte le medesime modalità [6]. Al contrario

---

[1] GAIUS, fr. 15, § 2, *de pign.*, XX, 1; C. 1, *qui pot.*, VIII, 18.

[2] MARCIANUS, fr. 12, § 5, *qui pot.*, XX, 4; C. 8, *qui pot.*, VIII, 18 [17]: *Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata, cum qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est, nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas.* Non per questo il diritto del creditore posteriore è meno perfetto, o, come alcuni vollero, condizionale; solo trova un limite del diritto poziore del creditore che lo precede.

[3] PAPINIANUS, fr. 1, *de distr. pign.*, XX, 5.

[4] MARCIANUS, fr. 12, §§ 6 e 9, *qui pot.*, XX, 4; PAULUS, fr. 16 e TRYPHONINUS, fr. 20, *eod.*; PAULUS, fr. 3, *quae res pign.*, XX, 3; C. 4, *de his qui prior cred. l. s.*, VIII, 19.

[5] C. 4, *qui pot.*, VIII, 18: ... *sicut prior est tempore, ita prior est iure.* Cod. civ., art. 2008.

[6] MARCIANUS, fr. 12, § 2; AFRICANUS, fr. 9, pr. e §§ 1-2; GAIUS, fr. 11, § 1, e SCAEVOLA, fr. 18, *qui pot.*, XX, 4; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.*, II, § 384.

un tal diritto costituito a garanzia di una obbligazione futura non prende grado se non dal momento in cui l'obbligazione prende vita, appunto perchè il diritto di pegno o d'ipoteca suppone sempre l'esistenza di una obbligazione [1]. Anche la non esistenza attuale dell'oggetto del pegno e dell'ipoteca nel patrimonio del debitore o il difetto di proprietà nel medesimo non impediscono che questi siano datati dal momento della loro costituzione: lo stesso è da ritenersi per l'ipoteca di cose future [2] ed anche pel caso del così detto pegno generale di un patrimonio che si estende ai futuri acquisti. Questi principii non valgono solo per i pegni e le ipoteche convenzionali, ma anche per quelli costituiti con atto di ultima volontà o per disposizione dell'autorità giudiziaria. Il momento che determina il grado è per i primi la morte del testatore, per i secondi o la sentenza di divisione, o il pignoramento, o la vera immissione nel possesso.

Anche i diritti legali di pegno o d'ipoteca cominciano insieme colla causa sulla quale riposano non già col vero e proprio nascere dell'obbligazione, che sono chiamati a garantire. Così, per esempio, il diritto di pegno sul patrimonio dal tutore prende vita col principio della tutela, non col verificarsi di un danno al patrimonio pupillare o col finire della tutela, quando il tutore è tenuto alla restituzione del medesimo [3].

Pubblicità dell'istrumento. — Una costituzione dell'imperatore Leone dell'anno 469 determinò che i diritti di pegno o d'ipoteca, di qualunque specie, che fossero costituiti con un istrumento pubblico o con un istrumento privato sottoscritto da tre testimoni rispettabili, dovessero acquistare una prelazione su quelli che risultassero da una semplice scrittura privata [4].

---

[1] GAIUS, fr. 11, pr. e § 1, *qui pot.*, XX, 1; PAULUS, fr. 1, *quae res pign.*, XX, 3. È un punto controverso: ARNDTS-SERAFINI, II, 385.

[2] GAIUS, fr. 11, §§ 2-4, *qui pot.*, XX, 4.

[3] C. 6, § 4, *de bon. q. lib.*, VI. 61; C. 6, § 2, *de s. n.*, V, 9. Pel diritto patrio le ipoteche legali e giudiziali prendono vita dalla data dell'iscrizione (art. 1965, 1981, 2007).

[4] Const. 11, *qui pot.*, VIII. 18 [17]. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 386.

Privilegi. — La legge finalmente assicura una prelazione a certe specie di pegni o ipoteche nell' ordine e nel grado seguente: 1° il diritto di pegno o d' ipoteca del fisco per le imposte arretrate [1]; 2° quello della donna maritata per i suoi crediti dotali [2]; 3° quello di colui che ha fatto delle spese per l' acquisto, il mantenimento o la ricostruzione della cosa del debitore [3]; 4° quello del fisco per contratti con privati sui beni acquistati posteriormente dal debitore [4].

Tutti questi diritti privilegiati di pegno o d' ipoteca sono dunque per la loro singolare natura preferiti a qualunque altra ipoteca sebbene anteriore di data. Se concorrono più privilegi ipotecari della medesima classe, il grado si decide secondo la loro priorità di tempo o secondo la pubblicità dell' istrumento; altrimenti concorrono *pro rata.*

È però da osservare che le ipoteche privilegiate non vincono quelle che furono costituite dal proprietario precedente, tranne il caso di colui che ha incontrato delle spese per il mantenimento o la restituzione della cosa ipotecata [5].

Anche il Codice civile, premesso che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e che questi vi hanno tutti un uguale diritto quando non vi siano fra essi cause legittime di prelazione (art. 1949), distingue queste cause in privilegi ed ipoteche (art. 1950). Il privilegio, a differenza dell' ipoteca, va esente dall' obbligo dell' iscrizione: ciò non ostante esso è preferito a tutti gli altri crediti anche ipotecari (art. 1953). E qui si manifesta un' importante differenza fra i privilegi del Codice civile e quelli del diritto romano. Per le leggi romane

---

[1] C. 1, *si propt. publ. pens.*, IV, 46. Cod. civ.; art. 1962.

[2] § 29, Inst., *de act.*, IV, 6; C. 12, *qui pot.*, VIII, 18 [17]. Questo privilegio passa ai discendenti, ma non agli altri, ai quali venga a competere il credito dotale (c. 12, § 1, *qui pot.*, VIII, 18 [17]; Nov. 91, c. 1), e non si estende agli aumenti della dote se non consistono in fondi (Nov. 97, c. 2).

[3] Ulpianus, fr. 3, § 1; fr. 5, 6 e 7, pr. *qui pot.*, XX, 4; C. 7, *qui pot.*, VIII, 18 [17]; Nov. 97, c. 3.

[4] Ulpianus, fr. 28, *de iur. fisci*, XLIX, 14; C. 2, *de priv. f.*, VII, 73.

[5] Id., fr. 7, pr. *qui pot.*, XX, 4.

i creditori ipotecari erano sempre preferiti a quelli che non avevano ipoteca, quantunque fossero privilegiati. Il privilegio, o fosse attribuito alla causa del credito o alla qualità della persona, non produceva, come tale, *ius in re*. Senza dubbio se in garanzia di un credito privilegiato veniva ipotecata una cosa, si aveva un'ipoteca privilegiata, che vinceva quelle non privilegiate: del pari se la legge attribuiva a certi crediti privilegiati una ipoteca tacita o legale, il creditore privilegiato, essendo anche ipotecario, era preferito agli altri creditori ipotecari non privilegiati, ma il credito privilegiato, come tale, cioè non assicurato da ipoteca convenzionale o legale, era vinto dal creditore ipotecario, tuttochè non privilegiato, e non aveva preferenza che sui crediti semplicemente chirografari. Pel nostro Codice, invece, i crediti privilegiati sono già per sè preferiti a tutti i crediti anche ipotecari (art. 1953). I privilegi possono cadere sugli immobili o sui mobili: i privilegi sui mobili poi possono estendersi a tutti i mobili del debitore (privilegi generali) o soltanto a determinati mobili (privilegi speciali). I privilegi generali sono quattro, e riguardano le spese di giustizia, le spese funebri e quelle di infermità, le somministrazioni di alimenti fatte al debitore ed i salari delle persone di servizio (art. 1956). I privilegi speciali sui mobili, in numero di undici sono enumerati nell'art. 1958. I privilegi sugli immobili finalmente sono, oltre il credito per le spese del giudizio di spropriazione e di graduazione sugli immobili spropriati, i crediti dello Stato pel tributo fondiario, pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili, che ne furono oggetto (art. 1961-1962).

§ 97.

Della surroga ipotecaria e del suppegno.

DELLA SURROGA IPOTECARIA. — Il creditore, primo nell'ordine delle diverse ipoteche, ha egli solo il diritto di vendere con piena efficacia la cosa, nel senso che la vendita fatta dai creditori posteriori non sarebbe di ostacolo all'esercizio della sua

azione ipotecaria. D' altro canto i creditori posteriori non possono opporsi alla vendita che il primo vuol fare, ancorchè abbia luogo in un momento intempestivo, come del pari non possono costringerlo a vendere, per quanto favorevoli sieno le condizioni. Per mettere riparo al danno che poteva ridondarne ai creditori posteriori, si accordò loro la facoltà di farsi surrogare nei diritti del creditore anteriore, offrendogli il pagamento dell'intiero suo credito e degli accessori *(ius offrendi et succedendi)*. Siffatto subingresso avviene col pagamento della somma o col deposito di essa presso l' autorità giudiziaria, quando il creditore rifiutasse di accettarla [1].

La surroga ha luogo ancora nei seguenti casi: 1° il debitore che prende a prestito una somma di denaro per pagare un debito ipotecario può surrogare il nuovo creditore nei diritti dell'antico, senza che questi intervenga all' atto, e senza che altri creditori possano opporvisi [2]; 2° il compratore di una cosa ipotecata che impiega il prezzo di compra per pagare uno o più creditori, a favore dei quali la cosa è ipotecata, è surrogato nei diritti di coloro ch'egli paga [3]; 3° il debitore ed il creditore, sostituendo al credito ipotecario un credito nuovo, possono stabilire (col consenso del proprietario della cosa ipo-

---

[1] C. 1, *qui pot.*, VIII, 18 [17]. In diritto romano il diritto di offrire e di farsi surrogare competeva soltanto ai creditori aventi un diritto di pegno od ipoteca, mentre il Codice civile accorda la surroga legale anche ai creditori chirografari (art. 1253).

[2] PAULUS, fr. 3, *quae res pign.*, XX, 3; MARCIANUS, fr. 12, § 8, *qui pot.*, XX, 4; C. 1, *de is qui in prior.*, VIII, 19 [18]. Cod. civ., art. 1252, n. 2. La surrogazione convenzionale, di cui all'art. 1252, n. 2, non può estendersi ad altro caso che non sia quello di mutuo contratto per estinguere il debito.

[3] Siffatto compratore acquista, *per finzione di legge*, un diritto di pegno, perchè rigorosamente parlando, un diritto di pegno sulla cosa propria sarebbe impossibile, essendo il diritto di pegno o di ipoteca un *ius in re aliena*. Lo scopo di tale finzione è di garantirgli il possesso tranquillo della cosa comperata, sia coll' impedire ai creditori posteriori di venderla nuovamente, sia per procurargli il rimborso della somma pagata, se essi fanno uso dell' *ius offerendi et succedendi*. PAULUS, fr. 17, *qui pot.*, XX, 4; PAPINIANUS, fr. 3, § 1, *de distr. pig.*, XX, 5; C. 3, *de his qui in prior.*, VIII, 19 [18]. Cod. civ., art. 1254, n. 2.

tecata) che il nuovo credito sia sostituito all'antico sotto tutti i rapporti, e così anche per la priorità del diritto di pegno o d'ipoteca, ma soltanto sino alla concorrenza del debito antico [1]; 4° il creditore ipotecario, cedendo il suo credito, a titolo oneroso o gratuito, ad una terza persona, può surrogarla anche nella sua ipoteca [2], e questa cessione colla rispettiva surroga può essere pretesa dal fideiussore e dal legittimo possessore della cosa ipotecata che soddisfino il credito ipotecario [3].

Il creditore ipotecario che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento parziale concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto.

Lo *ius offerendi* è stato perfezionato dal Codice civile con l'istituto del subingresso legale ipotecario (art. 2011): « Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione, come è stabilito nell'art. 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione ».

La surrogazione del creditore perdente, a termine di questo art. 2011 non si può esercitare su beni, che, quantunque colpiti dall'ipoteca più ampia rimasta soddisfatta, non appartennero però mai al debitore di colui, che, munito di ipoteca più ristretta e posteriore, fu perdente per l'esercizio della prima. E

---

[1] Ulpianus, fr. 3, pr.: Marcianus, fr. 12, § 5, e Scaevola, fr. 21, pr. *qui pot.*, XX, 4; Ulpianus, fr. 11, § 1, *de pign. act.*, XIII, 7; Const. un., *etiam ob chirogr.*, VIII, 27 [26]. Se il nuovo credito è superiore all'antico, si può costituire per la somma eccedente una nuova ipoteca che prenderà posto dopo tutti gli altri crediti ipotecari già esistenti.

[2] Ulpianus, fr. 6, *de her. v. a. vend.*, XVIII, 4, Cod. civ., art. 1253.

[3] C. 2, *de fidei.* VIII, 41 [40]; Paulus, fr. 19, *qui pot.*, XX, 4, Cod. civ., art. 1253.

nemmeno può esercitarsi sui beni che già erano usciti dal patrimonio del debitore allorchè fu costituita l'ipoteca rimasta perdente [1].

DEL SUPPEGNO. — Ci resta finalmente a parlare del suppegno (*pignus pignori datum*), che in ultima analisi si riduce ad una cessione del diritto di pegno. Il creditore non può impegnare una cosa sulla quale egli stesso non ha che un diritto di pegno o d'ipoteca, ma può cedere ad un'altra persona il diritto di esercitare in nome di lui le facoltà inerenti al medesimo. Se questa cessione è fatta allo scopo di assicurare al cessionario il pagamento di un credito, si ha per l'appunto il *pignus pignori datum*. Se, per esempio, io ho un diritto di pegno o d'ipoteca sul fondo di Tizio, e sono alla mia volta debitore di Sempronio, io posso accordare a quest'ultimo un'ipoteca sulla mia ipoteca, il che ha per effetto di privarmi del diritto di vendere il fondo di Tizio, finchè sono debitore di Sempronio. Il diritto di vendere quel fondo compete unicamente a Sempronio, ed egli può farlo valere mediante un'azione ipotecaria utile, sempreche, s'intende, il debito di Tizio sia esigibile. Valendosi il mio creditore (Sempronio) di questo diritto di vendere il fondo di Tizio, egli potrà farsi pagare sul prezzo di vendita fino a concorrenza di quanto mi è dovuto da Tizio, appunto perchè egli agisce come mio cessionario, e non fa valere che il diritto di pegno che Tizio aveva accordato a me e che io ho ceduto a lui [2].

---

[1] Cass. di Torino, 25 agosto 1882 (*Giurispr. di Torino*, XIX, 649). In senso conforme vedi Cass. di Firenze, 15 febbraio 1886 (*Legge*, 1886, I, 442); Cass. di Roma, 19 giugno 1884 (*ivi*, 1885, I, 111); Cass. di Napoli, 29 settembre 1889 (*ivi*, 1889, I, 627). Nello stesso senso si è spiegata la dottrina: RICCI, nell'*Archivio giur.*, IV, 40; LOMONACO, nel *Filangieri*, IV, 448; BERNARDI, negli *Annali*, VII, 3, 26; LUZZATI, *Della trascrizione*, pag. 386. Essa non si può estendere ai beni spettanti ad un terzo, quantunque obbligato solidariamente col debitore espropriato. Cass. di Torino, 9 febbraio 1889 (*Giurisprudenza di Torino*, XXVI, 367, con nota); Cass. di Palermo, 29 marzo 1894 (*Foro Ital.*, 1884, I, 551).

[2] MARCIANUS, fr. 13, § 2, *de pign.*, XX, 1; C. 1 e 2, *si pign.*, VIII, 24, Cod. civ., art. 1944. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, II, § 382.

§ 98.

Azioni risultanti dal diritto di pegno o d'ipoteca.

I rimedi legali che competono al creditore pignoratizio o ipotecario sono l'azione ipotecaria, l'interdetto Salviano e le azioni possessorie.

Azione ipotecaria. — Parlando delle vicende storiche del diritto di pegno o d'ipoteca notammo come in origine questa azione reale fosse introdotta soltanto a favore del locatore di un fondo rustico sugli *invecta et illata* ipotecati in garanzia del fitto, ed in questa sua forma primitiva si chiamasse *actio Serviana*; come poi per analogia fosse accordata, quale *actio Serviana utilis* o *quasi Serviana*, ad ogni creditore pignoratizio od ipotecario, ed in questa sua estensione prendesse il nome di *actio hypothecaria*. Essa è chiamata altresì *pigneraticia (in rem) actio*, nome che però giova di non adoperare per non confondere l'azione reale coll'azione personale, che compete al pignorante *(actio pignoraticia in personam)*, della quale parleremo nel contratto di pegno.

Coll'azione ipotecaria il creditore pignoratizio o ipotecario fa valere il suo diritto reale di pegno o d'ipoteca sulla cosa vincolata. Lo scopo diretto di quest'azione è di far riconoscere l'esistenza del diritto medesimo. Quando abbia ottenuto ciò l'attore consegue implicitamente i mezzi necessari per farlo valere: i quali mezzi, varii a seconda delle varie circostanze, sono lasciati all'apprezzamento del giudice. L'immissione in possesso è ordinariamente necessaria, affinchè il creditore, che vuole vendere la cosa pignorata, possa farne la consegna al compratore.

L'azione ipotecaria è diretta contro qualunque detentore della cosa vincolata, che può essere lo stesso debitore o un terzo, e contro chi dolosamente ha cessato di possederla [1]. Tut-

[1] MARCIANUS, fr. 16, § 3, *de pign.*, XX, 1; PAULUS, fr. 18, § 2, *de pign. act.*, XIII, 7; C. 15, *de pign.*, VIII, 14. Se il debitore, che dette la cosa in pegno, non era un possessore di buona fede, anche l'azione ipotecaria non potea intentarsi che in quell'estensione, nella quale il debitore aveva l'azione publiciana. PAULUS, fr. 18, *de pign.*, XX, 9.

tavia essa non può intentarsi efficacemente contro un creditore ipotecario anteriore ed i suoi aventi causa [1].

Quanto alle prove che incombono all' attore, egli deve provare in primo luogo che la cosa gli fu debitamente impegnata da chi l' aveva nel suo patrimonio, a garanzia di un debito esistente. Se la domanda dell'attore è fondata, il convenuto semprechè non abbandoni volontariamente la cosa, o non possa opporre qualche valida eccezione, viene condannato alla restituzione della cosa con tutti gli accessori, e in difetto di essa, al pagamento dei danni. Questi però non possono eccedere l' ammontare del debito se l' azione è diretta contro lo stesso debitore; i terzi detentori invece possono essere condannati anche ad una somma più forte, dappoichè, se il valore della cosa è superiore all' ammontare del debito, il creditore deve restituire il di più al debitore [2]. Quanto ai frutti il convenuto non può esser condannato a restituirli se non quando la cosa principale sia insufficiente a soddisfare il creditore, ed anche in questa ipotesi non è obbligato a restituire quelli percepiti prima della contestazione della lite, ammenochè non siano tuttora esistenti in natura [3].

Da parte sua il convenuto può far valere diverse eccezioni fra le quali meritano una speciale menzione le seguenti: 1° egli può evitare la condanna soddisfacendo il credito dell' attore, e nel tempo stesso esigere, qualora abbia legalmente ottenuto il possesso della cosa, la cessione del credito pel quale fu costituita l'ipoteca [4]; 2° può obbligare l' attore ad escutere il debitore principale e il suo fideiussore prima di perseguitare la cosa ipotecata [5]; 3° può, in caso di coesistenza di una ipoteca generale e di un' ipoteca speciale, esigere che l' attore escuta prima la cosa colpita da ipoteca speciale [6]; 4° può respingere l'azione

[1] MARCIANUS, fr. 12, pr. e § 7, *qui pot.*, XX, 4.

[2] ULPIANUS, fr. 21, § 3, *de pign.*, XX, 1.

[3] MARCIANUS, fr. 16, § 4, *de pign.*, XX, 1.

[4] PAULUS, fr. 12, § 1, *quib. mod. pign.*, XX, 6; MARCIANUS, fr. 16, § 3, *de pign.*, XX, 1; GAIUS, fr. 11, § 4, e SCAEVOLA, fr. 19, *qui pot.*, XX, 4.

[5] Quest' eccezione, introdotta da Giustiniano colla Nov. 4, c. 2, è detta ordinariamente *exceptio excussionis personalis.*

[6] Const. 2. *de pign.*, VIII, 14 [13]: *exceptio excussionis realis.* Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, § 378.

ogni qualvolta provi di avere un'ipoteca anteriore a quella dell'attore [1]; 5° può rifiutare la restituzione della cosa impegnata finchè non venga rimborsato delle spese necessarie ed utili fatte sulla cosa stessa [2]; 6° può finalmente opporre la prescrizione dell'azione ipotecaria. Quest'azione si prescrive, come in genere tutte le azioni, nel termine ordinario di trent'anni contro i terzi possessori, ma di fronte al debitore ed ai suoi eredi e di fronte ai creditori posteriori non si prescrive che in quarant'anni [3]. Siccome il credito, in garanzia del quale fu costituita l'ipoteca, si prescrive in trent'anni, così si verifica l'anomalia che l'azione ipotecaria sopravviva dieci anni all'obbligazione principale [4].

Interdetto Salviano. — Mentre questo interdetto ha storicamente preceduto l'azione Serviana, dopo la introduzione di questa più efficace tutela del diritto di pegno perdè molto del suo valore senza però venire abrogato. Anch'esso fu in origine limitato al caso dell'ipoteca sugli *invecta et illata* nel fondo rustico locato, come la Serviana [5]. È molto dubbio però se, come questa, si estendesse ad altri rapporti giuridici diversi da quel primo [6]. La differenza principale fra la Serviana e il Salviano

---

[1] MARCIANUS, fr. 12, pr. e § 7, *qui pot.*, XX, 4.

[2] PAULUS, fr. 29, § 2, *de pign.*, XX. 1; AFRICANUS, fr. 44, § 1, *de damn. inf.*, XXXIX, 2. S'intende da sè che il diritto al rimborso delle spese non può mai competere allo stesso debitore, ma soltanto al terzo possessore della cosa impegnata.

[3] Const. 7, pr., §§ 1 e 2, *de praescr. triginta ann.*, VII, 39.

[4] I Romani dicono che in questo caso *remanet obligatio naturalis propter pignus* (fr. 59, pr. *ad Scib. Treb.*, XXXVI, 1), vale a dire a cagione del pegno viene in certo qual modo indotta la necessità di un'obbligazione naturale (vedi IHERING, IV, pag. 290). D'altro lato l'azione ipotecaria può estinguersi prima dell'azione personale; quando, cioè, un terzo possessore di buona fede usucapisca la libertà della cosa pignorata (vedi paragrafo seguente).

[5] GAI., IV, 148; § 3, Inst., *de interd.*, IV, 15; Tit. Dig., *de Salv. interd.*, XLIII, 33.

[6] Coloro che estendono l'interdetto Salviano a rapporti diversi da quello della locazione, si fondano principalmente sui seguenti testi: PAUL., *Sentent.*, V, 6, 16; Const. 1, *de prec. et Salv. int.*, VIII, 9. Vedi PAULUS, fr. 2, § 3, *de interd.*, XLIII, 1; Cod. civ., art. 1958, n. 3.

è riguardo alla prova, non essendo in questo ultimo necessaria la prova della proprietà del pignorante sulle cose pignorate e bastando quella sola del pignoramente [1]. Sembra che l'interdetto Salviano, che in origine non poteva essere intentato se non contro lo stesso debitore ed i suoi eredi [2], sia stato poi concesso *(ex causa locationis)* anche contro i terzi possessori [3]: quanto al suo effetto forse fu quello di procurare una mera garanzia di fatto all'attore coll'attribuirgli il possesso delle cose [4].

Azioni possessorie. — Esse competono al creditore pignoratizio, al quale sia stato consegnato il possesso della cosa pignorata. In questo caso, sebbene mancasse evidentemente al creditore la volontà di ritenere la cosa propria, gli furono accordati gli interdetti *retinendae et recuperandae possessionis*, mentre il proprietario riteneva il possesso *ad usucapionem*. Lo stesso deve dirsi del creditore puramente ipotecario dopochè egli è giunto al possesso della cosa, sia mediante l'interdetto Salviano, sia mediante l'azione Serviana.

Altre azioni. — Al creditore pignoratizio o ipotecario sono inoltre accordate per analogia *(utiliter)* alcune azioni che competono direttamente al proprietario, ed in particolare: la *negatoria* e la *confessoria actio*, l'*actio finium regundorum*, l'*actio legis aquiliae* e la *condictio furtiva*.

---

[1] Gai., IV, 147; § 3, *Inst.*, IV, 15; fr. 1 e 2, *de Salv. int.*, XLIII, 33.

[2] C. 1, *de prec. et Salv. int.*, VIII, 9: *Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utili adversus exercenda.*

[3] Fr. 1-2, *de Salv. int.*, XLIII, 33; Theoph., IV, 15, § 3. Sull'antinomia fra questi testi e la c. 1, Cod., *de prec. et Salv. int.* (rif. nella nota precedente), vedi Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, pag. 153, e Bertolini, nell'*Archivio giur.*, XXXIX, 3.

[4] Vedi su ciò specialmente Ascoli (*op. cit.*, cap. V e VIII), il quale però nega che l'interdetto Salviano sia stato anteriore all'azione Serviana e sostiene esser esso un'azione possessoria creata a difesa del pegno sugli *invecta et illata* nei fondi rustici assai dopo l'introduzione dell'azione Serviana.

§ 99.

Estinzione del diritto di pegno o d'ipoteca.

Il diritto di pegno o d'ipoteca ha alcune cause d'estinzione comuni con gli altri diritti reali, ed altre ad esso speciali.

Le prime sono: 1° La rinunzia del creditore (*remissio pignoris*), che può essere manifestata tanto in atti di ultima volontà, quanto in atti tra vivi [1], e può ben essere anche tacita. Una rinunzia tacita si può argomentare dalla restituzione della cosa impegnata o dei titoli del pegno [2], dal permesso di alienarla senza riserva del proprio diritto di pegno [3], dal permesso di impegnarla ad altri, salvochè non si tratti semplicemente di accordare la priorità al nuovo diritto di pegno [4]. 2° La distruzione completa della cosa impegnata [5]. Se la distruzione non è completa, il diritto continua sul residuo: così il diritto di

---

[1] Perchè la rinuncia manifestata con atti tra vivi sia obbligatoria, è necessaria l'accettazione (ULPIANUS, fr. 9, § 3, *de pign. act.*, XX, 7; GAIUS, fr. 7, § 2, e MARCIANUS, fr. 8, §§ 1-5, *quib. mod.*, XX, 6; c. 2, *de remiss. pign.*, VIII, 26). L'art. 2887 del Cod. civ. dispone che il « creditore avente ipoteca su varii immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'art. 2043 se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili, nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto ». Questo divieto non si può estendere ad altri casi che non rientrino nei due espressamente contemplati in detto articolo.

[2] C. 7, *de remiss. pign.*, VIII, 26 [25]; Cod. civ., art. 1280 e 1029.

[3] ULPIANUS, fr. 4, § 1, e MARCIANUS, fr. 8, §§ 6-15, *quib. mod.*, XX, 6. Pel codice civile non può dirsi che in tesi generale il creditore perda la sua ipoteca, ancorchè non se la riservi espressamente, salvochè non risulti dalle circostanze che il creditore abbia effettivamente rinunciato alla sua ipoteca, come, per esempio, se intervenendo all'atto di vendita abbia acconsentito alla dichiarazione del debitore di vendere il fondo franco e libero da ogni peso di ipoteca.

[4] MODESTINUS, fr. 9, § 5, e PAULUS, fr. 11 e 12, pr. *l. c.*, XX, 6.

[5] MARCIANUS, fr. 8, pr. *quib. mod.*, XX, 6; Cod. civ., art. 2029.

pegno o d'ipoteca sulla casa continua sul suolo quand'essa si abbruci [1]. Nel caso di specificazione il diritto di pegno si estingue sol quando la cosa non possa essere ridotta allo stato primitivo [2]. 3° Il decorso del termine, a cui il diritto fu limitato, ed il verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta [3]. 4° La prescrizione; ma perchè il diritto di pegno si estingua per prescrizione, non basta il semplice non uso da parte del creditore [4], nè l'usucapione della proprietà della cosa, ma si richiede la *usucapio libertatis* della medesima. Per compiere quest'usucapione della libertà della cosa soggetta a vincolo ipotecario, si richiede la buona fede di fronte al diritto di pegno o d'ipoteca; cioè che il possessore ignori il vincolo, da cui è gravata la cosa [5]. L'usucapione della libertà non può mai correre a favore dello stesso debitore e dei suoi eredi; ma soltanto a favore dei terzi acquirenti della cosa soggetta a pegno o ipoteca [6]. 5° La confusione ossia la riunione nella stessa

---

[1] PAULUS, fr. 21, *de pign. act.*, XIII, 2, e fr. 29, § 2, *de pign.*, XX, 1.

[2] Id., fr. 18, § 3, *de pign. act.*, XIII, 7. L'art. 1951 del Cod. civ. dispone che le somme dovute dagli assicuratori per la perdita delle cose soggette a pegno rimangono affette dal pegno stesso. Questa disposizione non si estende all'indennità dovuta dagli assicuratori della nave: si estende invece al creditore perdente e surrogato in virtù dell'art. 2011, se l'ipoteca del creditore perdente colpiva il fondo distrutto ed assicurato.

[3] ULPIANUS, fr. 6, pr., *quib. mod.*, XX, 6. Cod. civ., art. 2029, n. 5 e 6. Non bisogna confondere il termine per l'adempimento dell'obbligazione col termine cui è limitata l'ipoteca che la garantisca: la scadenza del primo non induce necessariamente la scadenza del secondo.

[4] Il *non usus* estingue soltanto l'azione ipotecaria.

[5] Se io, per esempio, posseggo in buona fede per dieci anni la casa di Tizio, sulla quale so esistere un'ipoteca a favore di Caio, divento bensì proprietario della casa per usucapione, ma io non usucapisco la libertà, appunto perchè conoscendo l'esistenza dell'ipoteca, mi mancava il requisito della buona fede; ma se ignorava l'esistenza di quel vincolo ipotecario, usucapisco la casa libera dall'ipoteca (ULPIANUS, fr. 5. § 1, e PAULUS, fr. 12, *de div. temp. praesc.*, XLIV, 3; C. 7 e 14, *de obl. et act.*, IV, 10).

[6] C. 1 e 2, *si adv. cred.*, VII, 37. Pel Cod. civ. (art. 2030), la prescrizione delle ipoteche si compie riguardo ai beni posseduti dal debitore con la prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di trent'anni.

persona della qualità di proprietario della cosa gravata e di creditore pignoratizio o ipotecario, giacchè solo i beni del debitore o di un terzo possono assicurare il soddisfacimento del credito [1]; tuttavia esistendo più ipoteche sulla medesima cosa, colui che, avendo acquistata la cosa, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto, paga uno o due creditori, a favore dei quali la cosa è ipotecata, è surrogato nel diritto di quelli ai quali ha pagata (salvo il caso di rinunzia); e sotto questo rapporto può avere un diritto di pegno anche sulla cosa propria [2].

Secondo il Codice civile, l'ipoteca non si estingue necessariamente con la confusione. Erasi bensì proposto, nel seno della Commissione di coordinamento, fra i modi di estinzione dell'ipoteca si noverasse nell'articolo 2029 la confusione; ma la proposta non fu accolta, essendosi considerato « che sebbene sia vero che in generale il concorso della qualità di proprietario del fondo ipotecato, e di creditore ipotecario nella stessa persona estingua l'ipoteca, tuttavia vi sono alcuni casi speciali, come quello dell'ipoteca mantenuta sul fondo del proprietario stesso per premunirsi contro l'evizione, in cui tale estinzione non si opera definitivamente, sicchè non convenga definire tali casi nella legge e debba lasciarsi alla giurisprudenza di risolvere, ove d'uopo, la controversia a norma dei principii generali applicati alla singolarità dei casi » [3]. E coerentemente la dottrina e la giurisprudenza sancirono che l'ipoteca rivive sul fondo ipotecato se dopo averlo avuto in pagamento del suo credito venga il creditore a subirne l'evizione [4]. I modi di estinzione propri nel diritto di pegno o d'ipoteca sono i seguenti:

---

[1] JULIANUS, fr. 29, *de pign. act.*, XIII, 7, e fr. 33, § 5, *de usurp.*, XLI, 3; ULPIANUS, fr. 45, *de reg. iuris*, L, 17; PAULUS, fr. 30, § 1 in fine, *de exc. rei iud.*, XLIV, 2.

[2] Vedi sopra § 97, e Cod. civ., art. 1253, n. 2.

[3] *Processi verbali*, n. 43 (20 maggio 1865, n. 5.

[4] Cass. di Roma, 23 febbr. 1897 (*Legge*, 1897, I, 561; *Foro it.*, XXII, 240; Cass. di Torino, 13 febbr. 1891 (*Giurispr. Tor.*, XVIII, 197); MELUCCI, *Sist. ipot.*, lez. XLVIII; MIRABELLI, *Delle ipoteche*, pag. 163 e 251. Vedi sulla materia anche RICCI, *Dir. civile*, X, n. 265; GIORGI, *Obl.*, VII, n. 300; PACIFICI-MAZZONI, *Priv. et ipot.*, II, n. 88.

estinzione dell' obbligazione, per garanzia della quale esso è costituito e che di fronte ad esso è la cosa principale [1]; vendita della cosa impegnata fatta dal creditore a ciò autorizzato, con la quale il diritto di pegno o di ipoteca raggiunge il suo scopo. Con la vendita si estingue per diritto romano non solo il diritto di pegno dell' alienante, ma anche quello di tutti gli altri creditori posteriori [2]. Pel Codice civile italiano ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecari, ha la facoltà di liberare gli immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto (art. 2040). Le norme da seguirsi dall' acquirente, che voglia procedere al giudizio di purgazione delle ipoteche, sono tracciate negli art. 727 e seguenti del Codice di procedura civile.

---

[1] ULPIANUS, fr. 43: *de solutionibus*, XLVI, 3; fr. 9, § 3, e fr. 11, §§ 1 e 5, *de pign. act.*, XIII, 7, e fr. 6, pr. *quib. mod. pign. solv.*, XX, 6; POMPONIUS, fr. 1, *qui pot.*, XX, 4; Cod. civ., art. 2029. L'adempimento parziale dell'obbligazione non estingue il diritto di pegno.

[2] C. 1, *si antiq. cred.*, VIII, 20 [19]; C. 6-7, *de obl. et act.*, IV, 10.

INDICE

INTRODUZIONE:

I. Significato del diritto romano in generale e delle istituzioni in particolare . . . . . *Pag.* 1

II. Nozione di diritto e sua divisione in diritto pubblico e privato, scritto e non scritto . . . . . » 2

III. Leggi del popolo romano . . . . . » 4

IV. Senatoconsulti . . . . . » 22

V. Editti dei magistrati . . . . . » 25

VI. Costituzione dei principi . . . . . » 29

VII. Responsi dei giureconsulti . . . . . » 35

VIII. Collezioni delle leggi romane fatte dai barbari . . . . . » 50

IX. Sommario storico della legislazione di Giustiniano. . . . » 53

X. Esame delle singole raccolte della legislazione giustinianea. Divisione, manoscritti, edizioni, metodo di citazione e interpretazione delle medesime . . . . . » 55

XI. Del « Corpur iuris civilis » nel suo complesso . . . . . » 69

XII. Vicende del diritto romano in Oriente. . . . . » 71

XIII. Vicende del diritto romano in Occidente . . . . . » 75

XIV. Storia letteraria del diritto romano . . . . . » 77

XV. Bibliografia dello Studente . . . . . » 95

Libro Primo.

TEORIE GENERALI

Capo I. — *Dei diritti in generale.*

§ 1. Concetto e divisione dei diritti . . . . . *Pag.* 99
§ 2. Diritto normale e diritto anomalo. - Privilegi in stretto senso » 102

Capo II. — *Dei subbietti dei diritti ossia delle persone.*

§ 3. Concetto di persona . . . . . *Pag.* 105
§ 4. Requisiti della personalità fisica . . . . . » 106
§ 5. Dello stato di libertà . . . . . » 110
§ 6. Dello stato di cittadinanza. . . . . » 126
§ 7. Stato di famiglia . . . . . » 132
§ 8. Estinzione della persona fisica . . . . . » 138
§ 9. Condizioni naturali che modificano lo stato giuridico delle persone. . . . . » 144
§ 10. Poteri di diritto privato ai quali le persone possono andar soggette . . . . . » 151
§ 11. Delle persone giuridiche . . . . . » 154

Capo III. — *Degli obbietti dei diritti o teorie generali sulle cose.*

§ 12. Concetto di cosa . . . . . *Pag.* 162
§ 13. Delle cose in commercio e fuori commercio . . . . . » 164
§ 14. Delle cose in patrimonio e fuori di patrimonio. . . . . » 167
§ 15. Delle cose mobili ed immobili . . . . . » 167
§ 16. Cose fungibili e infungibili, consumabili e inconsumabili . » 170
§ 17. Delle cose divisibili e indivisibili . . . . . » 172
§ 18. Delle cose semplici e composte e delle università di cose . » 173

§ 19. Cose principali ed accessorie . . . . . *Pag.* 174
§ 20. Spese e frutti . . . . . » 176
§ 21. « Res mancipi » e « res nec mancipi » . . . . . » 178

CAPO IV. — *Acquisto e perdita di diritti.*

§ 22. Acquisto dei diritti in generale . . . . . *Pag.* 179
§ 23. Successione nei diritti di un altro . . . . . » 181
§ 24. Dei fatti giuridici come cause efficienti di diritti . . . . » 183
§ 25. Varie specie di atti giuridici in senso proprio . . . . . » 193
§ 26. Elementi costitutivi degli atti giuridici . . . . . » 194
§ 27. Delle condizioni . . . . . » 195
§ 28. Del termine e del modo . . . . . » 202
§ 29. Requisiti degli atti giuridici in senso proprio . . . . . » 205
§ 30. Invalidità degli atti giuridici. . . . . » 206
§ 31. Degli atti illeciti in generale e della colpa in particolare . » 210

CAPO V. — *Esercizio e tutela dei diritti.*

§ 32. Esercizio dei diritti . . . . . *Pag.* 214
§ 33. Cenni preliminari sul processo civile romano . . . . . » 217
§ 34. Del procedimento « in iure » nel processo ordinario . . . » 219
§ 35. Delle « legis actiones ». . . . . » 220
§ 36. Procedura formulare (per formulas). . . . . » 224
§ 37. Varie specie di formule o d' azioni. . . . . » 226
§ 38. Parti straordinarie della formula. — Eccezioni . . . . » 235
§ 39. Della contestazione della lite. . . . . » 237
§ 40. Della procedura « in iudicio » . . . . . » 239
§ 41. Sentenza ed altri mezzi per terminare le liti . . . . . » 241
§ 42. « Extraordinaria cognitio » e « interdicta ». . . . . » 243
§ 43. Procedura di esecuzione . . . . . » 246
§ 44. Abolizione dell' « ordo iudiciorum privatorum » . . . . » 249
§ 45. Estinzione delle azioni . . . . . » 250
§ 46. Della restituzione in intiero . . . . . » 253

Libro Secondo.

DIRITTI REALI

§ 47. Nozioni preliminari . . . . . *Pag.* 255

Capo I. — *Del possesso.*

§ 48. Nozione ed indole del possesso . . . . . *Pag.* 256
§ 49. Distinzioni del possesso e terminologia romana. . . . . » 258
§ 50. Condizioni obbiettive e subbiettive del possesso . . . . » 260
§ 51. Acquisto del possesso . . . . . » 262
§ 52. Acquisto del possesso per mezzo dei rappresentanti . . . » 264
§ 53. Perdita del possesso . . . . . » 266
§ 54. Delle azioni possessorie. . . . . » 268
§ 55. Azioni possessorie secondo il Codice civile . . . . . » 273
§ 56. Possesso dei diritti . . . . . » 276

Capo II. — *Della proprietà.*

§ 57. Nozione ed oggetto della proprietà . . . . . *Pag.* 278
§ 58. Restrizioni legali al diritto di proprietà . . . . . » 279
§ 59. Condominio o comproprietà (communio) . . . . . » 281
§ 60. Storia del dominio presso i Romani . . . . . » 282
§ 61. Modi d' acquisto della proprietà. . . . . » 287
§ 62. Acquisto del dominio per occupazione. . . . . » 290
§ 63. Della specificazione . . . . . » 293
§ 64. Della consegna (traditio) . . . . . » 295
§ 65. Dell' aggiudicazione . . . . . » 301
§ 66. Dell' usucapione. — Nozione e storia. . . . . » 302
§ 67. Usucapione ordinaria del diritto giustinianeo . . . . . » 308

§ 68. Delle cose escluse dall' usucapione ordinaria . . . . . *Pag.* 315
§ 69. Dell'usucapione straordinaria (praescriptio longissimi temporis) » 316
§ 70. Dell' usucapione secondo il Codice civile. . . . . » 317
§ 71. L'unione della cosa propria coll' altrui (accessione). . . . » 321
§ 72. Acquisto dei frutti . . . . . » 328
§ 73. Acquisto della proprietà a titolo universale. . . . . » 329
§ 74. Perdita della proprietà . . . . . » 330
§ 75. Tutela della proprietà. — Rivendicazione . . . . . » 331
§ 76. Azione negatoria . . . . . » 336
§ 77. Azione publiciana. . . . . » 339

Capo III. — *Della servitù.*

§ 78. Nozione ed indole della servitù . . . . . *Pag.* 341
§ 79. Varie specie di servitù . . . . . » 344
§ 80. Delle servitù prediali . . . . . » 345
§ 81. Delle singole servitù prediali. . . . . » 349
§ 82. Delle servitù personali . . . . . » 354
§ 83. Costituzione delle servitù . . . . . » 364
§ 84. Estinzione delle servitù. . . . . » 370
§ 85. Azioni che tutelano le servitù . . . . . » 373

Capo IV. — *Enfiteusi e superficie.*

§ 86. Cenni storici sull' enfiteusi avanti Giustiniano . . . . . *Pag.* 376
§ 87. Dell' enfiteusi nel diritto Giustiniano . . . . . » 379
§ 88. Costituzione dell' enfiteusi . . . . . » 383
§ 89. Estinzione dell' enfiteusi . . . . . » 385
§ 90. Del diritto di superficie . . . . . » 387

Capo V. — *Diritto di pegno e d' ipoteca.*

§ 91. Cenni storici sul diritto di pegno . . . . . *Pag.* 391
§ 92. Nozione e requisiti del diritto di pegno o d' ipoteca . . . » 395

§ 93. **Oggetto del diritto di pegno o d' ipoteca.** . . . . . *Pag.* 396
§ 94. Costituzione del diritto di pegno o d' ipoteca . . . . . » 399
§ 95. **Effetti del diritto di pegno o d' ipoteca** . . . . . » 405
§ 96. Coesistenza e collisione di più diritti di pegno o d' ipoteca » 409
§ 97. **Della surroga ipotecaria e del suppegno** . . . . . » 413
§ 98. Azioni risultanti dal diritto di pegno o d' ipoteca. . . . » 417
§ 99. **Estinzione del diritto di pegno o d' ipoteca.** . . . . . » 421

23404